

Bifröst

Journal of Social Science

Volume 4, 2010

From the editor / Ávarp ritstjóra

Ian Watson

3 – 4

Jafnréttiskennitalan

Elín Blöndal

5 – 17

Fordæmi um fordæmi

Einar Karl Hallvarðsson

19 – 49

**A short history of national identification
numbering in Iceland**

Ian Watson

51 – 89

**Áhrif meginreglna EES-réttar um bann
við mismunun og takmörkun á fjórfrelsinu
á sviði skattaréttar**

Ingibjörg Þorsteinsdóttir

91 – 117



Bifröst Journal of Social Science – Tímarit um félagsvísindi
Volume 4 – 4. árgangur, 2010

From the editor — Ávarp ritstjóra <i>Ian Watson</i>	3
Articles — Ritryndar greinar	
Jafnréttiskennitalan <i>Elín Blöndal</i>	5
Fordæmi um fordæmi <i>Einar Karl Hallvarðsson</i>	19
A short history of national identification numbering in Iceland <i>Ian Watson</i>	51
Áhrif meginreglna EES-réttar um bann við mismunun og takmörkun á fjórfrelsinu á sviði skattaréttar <i>Ingibjörg Þorsteinsdóttir</i>	91

Bifröst Journal of Social Science

Volume 4 (2010)

Published by Bifröst University, Borgarnes, Iceland.

Print ISSN: 1670-7788.

Online ISSN: 1670-7796 (<http://bjss.bifrost.is>).

Tímarit um félagsvísindi

4. árgangur (2010)

Gefið út af Háskólanum á Bifröst.

ISSN: 1670-7788.

Einnig í rafrænu formi á vefslóðinni

<http://bjss.bifrost.is> (ISSN 1670-7796).

Editor / Ritstjóri

Ian Watson, Bifröst University

Editorial Board / Ritnefnd

Ágúst Einarsson, Bifröst University

Jill Purdy, University of Washington

Sigurður Líndal, Bifröst University

Juha Räikkä, University of Turku

Marina Papanastassiou, Copenhagen Business School

Þórólfur Þórlindsson, University of Iceland

Cover design / Hönnun kápu

Hörður Lárusson

© 2010 Bifröst University / Háskólinn á Bifröst

This periodical is published under a Creative Commons Attribution license. For more information, see <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0>. You are free to Share — that is, to copy, distribute and transmit the work; and to Remix — that is, to adapt the work; under the following conditions: 1. Attribution. You must attribute the work, including the author, title, journal title, issue and page numbers (but not in any way that suggests that they endorse you or your use of the work). 2. For any reuse or distribution, you must make clear to others the license terms of this work. 3. Any of the above conditions can be waived if you get permission from the copyright holder. 4. Nothing in this license impairs or restricts the author's moral rights.

Editor's Message

Ian Watson

This 2010 issue of the *Bifröst Journal of Social Science* contains four articles which have all been peer-reviewed and subsequently revised. We are, for the second year running, not publishing working papers and the process of peer review has become more rigorous. Sincere thanks to all the reviewers who have worked for the journal over the course of the year, as well as to Ragnheiður Margrét Guðmundsdóttir for proofreading and to Ágúst Einarsson for managing peer review of the article which was written by the editor himself.

The article by Einar Karl Hallvarðsson was originally written for *Grábrók*, a publication of the Bifröst University law department. The university decided to merge *Grábrók* with this journal and the article is thus published here. Aldís Olga Jóhannesdóttir was the original editor for Einar Karl's article. Bjarni Hólmar Einarsson, Elín Björg Ragnarsdóttir and Davor Purušić served on the editorial board of *Grábrók*.

We continue to manage the journal with Open Journal Systems (OJS) software and to work to promote open access to scholarly publications in Iceland. This past April, the editor moderated the second conference on open access publishing at the National and University Library in Reykjavík. In November, he spoke about open access publishing at the FSCONS conference in Gothenburg, Sweden. Iceland's Science and Technology Council has signed the Berlin Declaration in support of open access publishing, and one major goal for the next months is to bring about institutional and funder mandates for open access in Iceland.

As before, the journal is available in paper format through a print-on-demand service in Great Britain. Single printed copies of the journal can be ordered on line, and are produced and shipped directly from the printer at a relatively low cost. A link to the order site is on the journal website. Of course, copies of all articles continue to be available in PDF form at no charge on the same website.

Ávarp ritstjóra

Ian Watson

Í þessum árgangi af *Tímariti um félagsvísindi* eru fjórar greinar sem allar hafa verið ritrýndar og í kjölfarið endurskoðaðar. Í annað árið í röð eru engar vinnugreinar birtar í tímaritinu en ritrýningarferlið hefur orðið harðara. Öllum ritrýnendum eru færðar bestu þakkir fyrir vinnu sína á árinu sem og Ragnheiði Margréti Guðmundsdóttur sem hefur prófarkalesið greinarnar og Ágústi Einarssyni sem sá um ritrýningu greinarinnar eftir ritstjórann sjálfan.

Greinin eftir Einar Karl Hallvarðsson var upprunalega samin fyrir *Grábrók*, tímarit lagadeildar Háskólans á Bifröst. Þá var ákveðið að sameina *Grábrók* við *Tímarit um félagsvísindi* og greinarnar eru því birtar hér. Ritstjórn greinanna annaðist Aldís Olga Jóhannesdóttir og með henni í ritnefndinni voru Bjarni Hólmar Einarsson, Elín Björg Ragnarsdóttir og Davor Purušíc.

Við notum ennþá Open Journal Systems (OJS) hugbúnaðinn við tímaritið og höfum tekið höndum saman með öðrum á Íslandi um að stuðla að þróun á opnum aðgangi að fræðiritum á Íslandi. Ritstjórinn var fundarstjóri málþings um opinn aðgang sem var haldinn í Þjóðarbókhöðunni í apríl 2010 og hélt erindi um opinn aðgang á FSCONS-ráðstefnu í Gautaborg í nóvember 2010. Vísinda- og tækniráð hefur nú skrifað undir Berlínaryfirlýsinguna um opinn aðgang og eitt helsta markmið á næstu mánuðum er að vinna að stefnum um opinn aðgang innan íslenskra háskóla og styrktaraðila.

Eins og áður er tímaritið prentað eftir þörfum í Bretlandi. Það er hægt að panta prentað eintak á netinu en það verður framleitt og sent frá prentsmiðjunni á hagstæðu verði. Krækja í pöntunarvefsíðuna er á vefsíðu tímaritsins. Að sjálfsögðu eru allar greinar einnig aðgengilegar í PDF-formi á sömu vefsíðu.

Jafnréttiskennitalan

Elín Blöndal

Ágrip: Í greininni er fjallað um Jafnréttiskennitöluna, rannsóknar- og þróunarverkefni sem unnið var á vegum Rannsóknaseturs vinnuréttar og jafnréttismála við Háskólann á Bifröst. Gerð er grein fyrir þremur meginþáttum verkefnisins: Birtingu upplýsinga um kynjajafnrétti í fyrirtækjum, mótun mælikvarða á kynjajafnrétti og vali slíkra mælikvarða inn í Jafnréttiskennitölu. Upplýsingar um stöðu kynjajafnréttis í stærstu fyrirtækjunum á Íslandi voru birtar þrisvar á meðan á verkefninu stóð og er niðurstöðunum lýst í greininni. Beiting mælikvarða á kynjajafnrétti í fyrirtækjum er aðferð til að ná fram upplýsingum um stöðu mála en er einnig ætlað að stuðla að kynjajafnrétti með virkum hætti. Mælikvarðar á kynjajafnrétti voru flokkaðir annars vegar sem mælikvarðar á stefnu eða ráðstafanir fyrirtækja til að vinna að kynjajafnrétti og hins vegar sem mælikvarðar á árangur sem fyrirtækin hafa náð. Í verkefninu um Jafnréttiskennitöluna var farin sú leið að afmarka upplýsingaöflun svo til eingöngu við mælikvarða á árangur, þ.e. við hlutfall kynjanna í stjórnnum fyrirtækja meðal æðstu stjórnenda og yfirmanna. Í greininni er jafnframt lýst forsendum á vali mælikvarða inn í samsetta kennitölu sem endurpegli hlutfallsleg áhrif kvenna innan fyrirtækja.

Lykilord: mælikvarðar á jafnrétti; kynjajafnrétti; Jafnréttiskennitalan; konur; fjölbreytni; arðsemi; stjórnir; stjórnendur

Abstract: This article discusses the development of the Corporate Gender Equality Index by the Research Centre for Labour Law and Equal Rights at Bifröst University in Iceland. The article describes three of the project's main goals: publishing information on gender equality in Iceland's largest companies, developing indicators and measures of gender equality, and selecting which ones to use in the construction of the index. During the course of the project, three reports on gender equality were issued, and their conclusions are described in the article. Indicators of gender equality in organizations serve both as a way of collecting information about gender equality at the working place, and as a tool in supporting gender equality. Indicators of gender equality can be classified either as having to do with the policies or actions that companies take in gender matters, or as reflecting actual outcomes in a given corporation. The Corporate Gender Equality Index builds primarily on the second group of indicators – those that reflect actual outcomes, such as the proportion of men and women on corporate boards and among company executives. The paper also describes the selection of indicators for the Equality Index, which reflects the proportional authority of women within companies.

Keywords: equality indicators; gender equality; gender equality index; women; diversity; performance; board; top management

1. Inngangur

Á árunum 2006-2008 stóð Rannsóknasetur vinnuréttar og jafnréttismála¹ að þróunar- og rannsóknarverkefni sem nefnt var *Jafnréttiskennitalan*.² Verkefnið var þríþætt en meginstoð þess var árleg birting upplýsinga um stöðu kynjajafnréttis í stærstu fyrirtækjunum hér á landi. Því til viðbótar fólst í verkefninu athugun á frekari mælikvörðum á jafnrétti og loks skyldi þess freistað að móta svonefnda Jafnréttiskennitölu sem gefa skyldi til kynna hver staða kynjajafnréttis væri innan fyrirtækja.

Meginforsendur þess að farið var af stað með verkefnið árið 2006 voru tölur sem þegar lágu fyrir og sýndu afar lágt hlutfall kvenna í stjórnnum og stjórnunarstöðum hér á landi. Þó höfðu óháðir rannsóknaraðilar ekki staðið að reglulegri birtingu upplýsinga um þetta efni. Þetta var m.a. umfjöllunarefni í skýrslu iðnaðar- og viðskiptaráðuneytisins frá því síðla árs 2005 um aukin tækifæri í forystu atvinnulífsins. Slík birting í Bretlandi, Bandaríkjunum og víðar hafði beint kastljósinu að þeim fyrirtækjum sem höfðu lagt metnað sinn í að hafa kynjahlutföll sem jöfnust, og auka sýnileika þeirra kvenna sem sitja í stjórnnum fyrirtækja. Með sama hætti var talið að birting slíkra upplýsinga hér á landi myndi efla umræðuna og varpa ljósi á þróunina frá ári til árs (Þórunna Jónsdóttir, 2005).

Þónokkur eftirspurn hefur verið eftir upplýsingum um verkefnið um Jafnréttiskennitöluna og er greininni einkum ætlað að varpa ljósi á helstu þætti þess. Í 2. kafla er fjallað um hugtakið Jafnréttiskennitala, forsendur verkefnisins og nálgun. Kafli 3 fjallar um þýðingu þess að beita mælikvörðum á jafnrétti og mismunandi aðferðafræði (mælikvarða) í því sambandi. Í kafla 4 er gerð grein fyrir framkvæmd og niðurstöðum verkefnisins og loks geymir kafli 5 samantekt og lokaorð.

2. Mæling kynjajafnréttis með Jafnréttiskennitölu

Ástæða þess að hugtakið *Jafnréttiskennitala* var notað voru m.a. þær forsendur verkefnisins að fyrirtæki hagnist á því að nýta sér mannauð kvenna ekki síður en karla. Verkefnið um Jafnréttiskennitöluna byggði þannig á þeirri hugmynd að Jafnréttiskennitala geti staðið við hlið annarra kennitalna sem hefð er fyrir að nota til að reikna

1 Höfundur greinarinnar vann að verkefninu og stýrði því. Þá unnu starfsmenn Rannsóknamiðstöðvar Háskólans á Bifröst að árlegri skýrslu setursins um hlutfall kvenna í stjórnnum o.fl. Að þeirri vinnu komu einkum Grétar Þór Eypórsson, prófessor og þáverandi forstöðumaður Rannsóknamiðstöðvar, Jón Rúnar Sveinsson, sérfræðingur, Eva Heiða Önnudóttir, sérfræðingur og Agnes Hlíf Andrésdóttir, meistaranemi í viðskiptafræði. Þá veittu fleiri meistaranemar við Háskólann á Bifröst aðstoð við einstaka þætti verkefnisins. Hlér Guðjónsson, meistaranemi í viðskiptafræði, vann m.a. að þróun mælikvarða á jafnrétti og gerð jafnréttiskennitölu í tengslum við lokaritgerð sína við viðskiptadeild. Þá veitti Ágúst Einarsson, rektor Háskólans á Bifröst, aðstoð við útreikning Jafnréttiskennitölu og Kári Joensen, aðjúnkt við viðskiptadeild, veitti einnig góð ráð og leiðbeiningar.

2 Samstarfsaðilar verkefnisins voru viðskiptaráðuneytið, iðnaðarráðuneytið, Samtök atvinnulífsins, Félag kvenna í atvinnurekstri, Jafnréttisstofa og Jafnréttisráð, auk þess sem Inn Fjárfesting og Baugur Group veittu til þess styrki.

út fjárhagslegan styrk eða verðmæti fyrirtækja, svo sem arðsemi eigin fjár. Markmið fyrirtækja myndi þá vera að ná upp ásættanlegri Jafnréttiskennitölu til að sýna m.a. fjárfestum fram á styrk sinn að því leyti. Byggist þetta einkum á bandarískum og evrópskum rannsóknum sem sýnt hafa fylgni milli fjölbreytileika kynjanna í stjórnnum og æðstu stjórnendastöðum innan fyrirtækja annars vegar og betri fjárhagslegrar afkomu hins vegar (sjá t.d. Catalyst, 2004; Catalyst, 2007; Kotiranta, Kovalainen, & Rouvinen, 2007). Niðurstöður rannsóknar sem unnin var í tengslum við verkefnið um Jafnréttiskennitöluna benda einnig til þess að hér á landi sé jákvætt samband á milli þess að hafa bæði kynin í stjórn fyrirtækis og arðsemi eigin fjár og veikt jákvætt samband við arðsemi heildareigna (Margrét Sæmundsdóttir, 2009). Þess ber þó að geta að ekki ber öllum rannsóknarniðurstöðum saman um tengsl eins og þau sem um ræðir hér að framan (sjá t.d. Huse, 2007). Enda þótt forsendur verkefnisins væru tengsl kynjajafnréttis og fjárhagslegrar afkomu fyrirtækja ber þó að geta þess að fjölmörg önnur sjónarmið styðja að fjölga beri konum í stjórnnum fyrirtækja, s.s. um lýðræði og tengsl við bætt stjórnarhætti.

Hugmyndin að baki Jafnréttiskennitölunnar var upphaflega sú að hún gæfi jafnréttisstig innan fyrirtækis til kynna með sem víðtækustum hætti, en væri þó fremur einföld í sniðum. Hér varð að hafa nokkra þætti í huga. Í fyrsta lagi þurfti kennitalan að vera *áreiðanleg*, þ.e. endurspeglar sem áreiðanlegastar upplýsingar um jafnréttisstig í fyrirtækjum. Þannig átti að vera hægt að bera saman kennitölur sama fyrirtækis frá ári til árs og jafnframt á milli fyrirtækja. Í því sambandi þurfti m.a. að leggja mat á hvort mælikvarðar á stefnu/ráðstafanir fyrirtækja (sbr. tafla 1 hér á eftir) veittu nægilega skýrar upplýsingar. Í öðru lagi þurfti að vera *framkvæmanlegt* að afla þeirra upplýsinga sem nauðsynlegar væru frá fyrirtækjunum. Hér verður að hafa í huga að á þeim tíma, sem verkefnið var unnið, lágu upplýsingar um grundvallaratriði í stjórnun og rekstri fyrirtækja almennt ekki á lausu, hvorki í opinberum gögnum né á netinu. Þrátt fyrir þetta þurfti að vera unnt að afla upplýsinganna með tiltölulega auðveldum hætti og fyrirtæki urðu að vilja láta þær í té. Í þriðja lagi var horft til þess að fyrirtæki gætu séð sér *ávinning* í að leitast eftir hagstæðri Jafnréttiskennitölu.

Við mótun Jafnréttiskennitölu var m.a. byggt á framangreindum þáttum en fjallað er um niðurstöðurnar í kafla 4.2. hér á eftir.

3. Mælikvarðar á jafnrétti

Jafnréttislöggjöf og framkvæmdaráætlanir ríkisstjórna skipta að sjálfsgöðu afar miklu máli varðandi kynjajafnrétti á vinnustöðum. Rannsóknir hafa hins vegar sýnt fram á vissar takmarkanir slíkra aðferða og að frekari aðgerðir séu nauðsynlegar til að ná varanlegum árangri (sjá t.d. Olgiati & Shapiro, 2002). Sem dæmi má nefna að enda þótt jafnréttislög³ hér á landi mæli fyrir um að atvinnurekendur skuli leggja sérstaka áherslu á jafnan hlut kynjanna í stjórnunar- og áhrifastöðum er raunin sú að hlutfall

3 Núgildandi jafnréttislög eru nr. 10/2008 um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla.

kynjanna er afar ójafnt. Annað dæmi er launamismunur kynjanna en jafnréttislögin leggja ótvírátt bann við að kynjunum sé mismunað í launum eða kjörum. Þó hafa kannanir ítrekað sýnt verulegan kynbundinn launamun hér á landi.

Notkun mælikvarða (kennitalna/viðmiða)⁴ á jafnrétti og öflun upplýsinga á grundvelli þeirra er meðal þeirra aðferða sem unnt er að beita til að brúa þetta bil á milli löggjafar/stefnu stjórnvalda annars vegar og framkvæmdar hins vegar. Um er að ræða aðferð til að ná fram upplýsingum um stöðu mála, bæði inn á við fyrir fyrirtækin sjálf og starfsmenn þeirra sem og út á við fyrir fjárfesta og aðra aðila sem vilja kynna sér hver staðan er í fyrirtækjunum. Slíkir mælikvarðar geta jafnframt stuðlað að kynjajafnrétti með því að hvetja fyrirtæki til að gera grein fyrir stöðu kynjajafnréttis eða ráðstöfunum til að ná því fram. Slíkt setur ekki aðeins þrýsting á fyrirtæki heldur gefur einnig þeim, sem standa sig vel, kost á að sýna fram á það með ótvíráðum hætti.

Mælikvarða á kynjajafnrétti í fyrirtækjum má flokka á ýmsan hátt en í verkefniinu um Jafnréttiskennitöluna var byggt á greiningu í tvo meginflokka: Annars vegar mælikvarða á stefnu eða ráðstafanir sem kunna að stuðla að kynjajafnrétti í fyrirtækinu (e. qualitative indicators) og hins vegar mælikvarða á árangur (e. quantitative indicators). Nokkur dæmi um mælikvarða á stefnu/ráðstafanir innan fyrirtækis eru sýnd í eftirfarandi töflu.

Tafla 1. Mælikvarðar á stefnu/ráðstafanir fyrirtækja (e. qualitative indicators)

Markmið (stefna)	Gerið grein fyrir hvort fyrirtækið er með skriflega jafnréttisáætlun og inntaki hennar	Gerið grein fyrir stefnu fyrirtækisins að því er varðar hlutfall kynjanna meðal æðstu stjórnenda
Framkvæmd (ráðstafanir)	Gerið grein fyrir hvort/með hvaða hætti gripið hafi verið til sérstakra ráðstafana í fyrirtækinu til að tryggja jafnan rétt kynjanna til endurmenntunar og starfsþjálfunar	Gerið grein fyrir ráðstöfunum fyrirtækisins til að tryggja að starfsmenn með fjölskyldur eigi kost á sveigjanlegum og hóflegum vinnutíma
Mælingar (staða)	Gerið grein fyrir hvort/með hvaða hætti fyrirtækið safnar gögnum um hlutföll kynja í fyrirtækinu	Gerið grein fyrir hvort/með hvaða hætti fyrirtækið hefur mælt hvort kynbundinn launamismunur sé fyrir hendi

Mælikvarðar á árangur greina hins vegar stöðuna í fyrirtækinu eftir tölfræðilegum viðmiðum, s.s. hlutfalli kynjanna miðað við tiltekið tímabil. Gott dæmi um þetta er hlutfall kynjanna meðal stjórnarmanna eða æðstu stjórnenda. Sem fleiri dæmi má nefna hlutfall karla/kvenna sem taka lögbundið fæðingarorlof, hlutfall karla/kvenna

4 Hér er notað hugtakið *mælikvarði*, en á ensku er rætt um *indicator(s)*.

sem nýta sér sveigjanlegan vinnutíma eða vinnufyrirkomulag og hlutfall karla/kvenna sem verða fyrir vinnuslysum eða starfstengdum sjúkdómum.

Í töflu 2 er að finna dæmi um sömu atriði og tafla 1 tekur til en að þessu sinni eru mælikvarðanir settir fram sem viðmið um árangur yfir tiltekið tímabil.

Tafla 2. Mælikvarðar á árangur (e. quantitative indicators).

Markmið (stefna)	Hlutfall starfsmanna eftir kyni sem skrifleg jafnréttisáætlun fyrirtækisins nær til	Hlutfall kynjanna meðal æðstu stjórnenda
Framkvæmd (ráðstafanir)	Hlutfall starfsmanna eftir kyni sem fengu endurmenntun eða starfsþjálfun innan fyrirtækisins eða utan	Hlutfall starfsmanna sem nýttu sér sveigjanlegan vinnutíma, eftir kyni
Mælingar (staða)	Hlutföll starfsmanna í fyrirtækinu eftir kyni	Launamunur karla/kvenna í fyrirtækinu eftir leiðréttingar á grundvelli ókynbundinna þátta

Framangreind dæmi eru meðal þeirra mælikvarða sem greindir voru sem möguleg viðmið til að byggja á varðandi upplýsingaöflun um stöðu kynjajafnréttis í fyrirtækjum hér á landi. Möguleikarnir eru þó nánast ótæmandi, bæði hvað varðar efni og einnig orðalag mælikvarðanna, og því engan veginn um tæmandi talningu að ræða. Í öllum tilvikum þarf að skýra nánar í leiðbeiningum með mælikvörðunum til hvaða atriða þeir taka og yfir hvaða tímabil.

4. Jafnréttiskennitalan – framkvæmd og meginniðurstöður

4.1. Birting upplýsinga

Meginstoð verkefnisins um Jafnréttiskennitöluna var birting lista með upplýsingum um hlutfall kvenna í stjórnnum o.fl. Slíkar upplýsingar voru birtar þrívægis á meðan á verkefninu stóð (Rannsóknasetur vinnuréttar og jafnréttismála, 2006, 2007 og 2008). Fjölmargar breytingar voru gerðar á listanum frá því hann var fyrst birtur eftir því sem aðferðafræðin við samsetningu hans og úrvinnslu þróaðist. Öll árin var framkvæmdin þó sú að birta annars vegar lista með upplýsingum um hvert fyrirtæki fyrir sig og hins vegar heildarniðurstöður fyrir öll fyrirtækin. Eftir því sem á leið varð samanburður á stöðunni milli ára einnig fyrirferðarmeiri.

4.1.1. Hvaða fyrirtæki voru á listanum?

Fyrstu tvö árin voru birtar upplýsingar um 100 stærstu fyrirtækin hér á landi samkvæmt lista frá Lánstrausti og var miðað við nýjustu tölur um ársveltu fyrirtækja. Árið 2006 voru þannig birtar upplýsingar um 100 stærstu fyrirtækin miðað við veltu

árið 2004 enda lágu þá ekki fyrir heildstæðar upplýsingar um veltu fyrirtækja árið 2005. Árin 2007 og 2008 voru einnig tekin stærstu fyrirtækin, miðað við veltu samkvæmt lista frá Lánstrausti, en nokkrar breytingar gerðar á viðmiðum til grundvallar því hvaða fyrirtæki skyldu vera á listanum. Árið 2008 var niðurstaðan orðin sú að fyrirtæki, sem voru skráð á Íslandi en ekki með neina starfsemi hér á landi, voru tekin út úr úrtakinu (sem var þá yfir 200 fyrirtæki) sem og fyrirtæki sem voru að öllu leyti í eigu erlendra aðila og íslensk stjórn var einungis formsatriði. Þá voru tekin af listanum fyrirtæki með færri en 10 starfsmenn þannig að t.d. eignarhaldsfélög með mjög fáa starfsmenn voru ekki á honum. Fram til ársins 2008 tók könnunin til 100 fyrirtækja en listinn var þá stækkaður upp í 120 fyrirtæki sem eftir stóðu þegar fyrirtæki höfðu verið felld af honum samkvæmt framangreindum viðmiðum. Var það gert til að auka fjölbreytni fyrirtækja á listanum.

4.1.2. Söfnun upplýsinga

Meginstoð upplýsingaöflunarinnar fólst í könnun sem send var á stjórnendur stærstu fyrirtækjanna. Könnunin var framkvæmd á netinu en í framhaldi af því var hringt í stjórnendur þeirra fyrirtækja sem ekki höfðu svarað. Ef ekki náðist í fyrirtækin var leitað upplýsinga eftir bestu fáanlegu leiðum, einkum úr ársskýrslum og á heimasíðum þeirra.

4.1.3. Fyrir hvaða tímabil var upplýsingum safnað?

Árið 2006 var aflað upplýsinga um stöðuna í fyrirtækjum miðað við 1. ágúst 2005. Árin 2007 og 2008 var hins vegar aflað upplýsinga um stöðuna í fyrirtækjunum á þeim tímamarki sem könnunin var gerð. Vegna þessa eru skýrslurnar þrjár, sem birtar voru, fyrir árin 2005, 2007 og 2008.

4.1.4. Hvaða upplýsinga var aflað?

Í fyrstu var aflað upplýsinga um hlutfall kynjanna í stjórnnum stærstu fyrirtækjanna og meðal æðstu stjórnenda, þ.e. forstjóra/framkvæmdastjóra. Einnig var aflað gagna um hvort skrifleg jafnréttisáætlun væri fyrir hendi í fyrirtækinu. Við vinnslu verkefnisins fjölgaði þeim þáttum sem aflað var upplýsinga um. Fyrir árið 2008 var þannig aflað eftirfarandi upplýsinga:

- Um fjölda stjórnarmanna (einungis aðalmenn) og hlutfall kynjanna meðal þeirra. Spurt var um nöfn þeirra kvenna sem sitja í stjórn fyrirtækjanna þar sem um slíkt var að ræða og um nafn stjórnarformanns.
- Hvort æðsti stjórnandi fyrirtækisins, þ.e. forstjóri eða framkvæmdastjóri, væri karl eða kona.
- Um þá yfirmenn innan fyrirtækja sem kæmu næstir í skipuriti á eftir æðsta stjórnanda fyrirtækisins (almennt um þá sem sitja í framkvæmdastjórn/ framkvæmdaráði)

og um hlutfall kynjanna meðal þeirra. Ef um móðurfélag var að ræða var einungis spurt um æðstu yfirmenn þess félags og ef um dótturfyrirtæki var að ræða var spurt um æðstu yfirmenn þess.

– Hvort skrifleg jafnréttisáætlun væri til staðar innan fyrirtækisins.

4.1.5. Niðurstöður

Fyrstu upplýsingarnar á grundvelli verkefnisins voru sem fyrr segir birtar í maí 2006 (fyrir árið 2005). Árin 2007 og 2008 voru einnig gefnar út skýrslur með birtingu upplýsinga. Árið 2008 voru meginniðurstöðurnar eftirfarandi:

– Konur skipuðu 13% stjórnarsætanna (61 af 467 stjórnarsætum). Árið 2007 skipuðu þær aðeins 8% stjórnarsætanna en árið 2005 var hlutfall þeirra 12%.

– Í 13 fyrirtækjum af 120 var stjórnarformaðurinn kona, þ.e. 11%. Árið 2007 var hlutfall kvenna aðeins 3% en árið 2005 var það 5%.

– Æðsti stjórnandinn (forstjóri/framkvæmdastjóri) var kona í 8% fyrirtækjanna (í 10 fyrirtækjum af 120). Þar sem aðferðafræði við öflun upplýsinga var breytt milli ára eru ekki til sambærilegar tölur fyrir árin 2005 og 2007.

– Konur voru 19% af æðstu yfirmönnum fyrirtækjanna (þeirra sem koma næstir í skipuriti á eftir æðsta stjórnanda/sitja í framkvæmdastjórn eða framkvæmdaráði fyrirtækisins, sé það fyrir hendi). Þar sem aðferðafræði við öflun upplýsinga var breytt milli ára eru ekki til sambærilegar tölur fyrir árin 2005 og 2007.

– Hlutfall fyrirtækja með skriflega jafnréttisáætlun var 38%. Árið 2007 var hlutfallið 33% en árið 2005 var það 39%.

– Engin kona var í stjórn 58% fyrirtækjanna. Árið 2007 var engin kona í 71% fyrirtækjanna.

– 24% fyrirtækjanna voru með konur í þriðjungi stjórnarsæta eða meira. Árið 2007 var hlutfallið 12%.

– Konur voru í 10% stjórnarsæta af þeim fyrirtækjum á listanum sem skráð voru í OMX (Kauphöll). Árið 2007 var hlutfallið 8%.

Tafla 3. Niðurstöður upplýsingaöflunar fyrir árin 2005, 2007 og 2008.

Ár	2005	2007	2008
% kvenna í stjórnnum	12	8	13
% kvenna meðal stjórnarformanna	5	3	11
% kvenna meðal æðstu stjórnenda			8
% kvenna meðal æðstu yfirmanna			19
% fyrirtækja með skriflega jafnréttisáætlun	39	33	38
% fyrirtækja með enga konu í stjórn		71	58
% fyrirtækja með konur í þriðjungi stjórnarsæta eða meira		12	24
% kvenna í stjórnnum fyrirtækja skráð í OMX		8	10

4.2. Mótun Jafnréttiskennitölu

Eins og lýst er hér að framan fólst í verkefninu viðamikil söfnun upplýsinga um ýmsar kennitölur fyrirtækja, s.s. um hlutfall kvenna í stjórnnum o.fl. Á meðan á verkefninu stóð voru mótaðir mælikvarðar sem ætlað var að ná fram sem nákvæmustum upplýsingum um tiltekna þætti kynjajafnréttis í fyrirtækjunum. Eins og tölur fyrir árin 2005-2008 sýna (tafla 3) var ár hvert bætt við nýjum mælikvörðum og aflað upplýsinga á grundvelli þeirra frá fyrirtækjunum. Þegar hefur verið gerð grein fyrir eðli og þýðingu slíkra mælikvarða, sbr. kafla 3, en við þróun og gerð þeirra voru kannaðar mögulegar aðferðir til að mæla jafnréttisstig innan fyrirtækja. Þessi rannsóknarþáttur fólst m.a. í athugun á gildandi alþjóðasáttmálum, löggjöf og viðmiðum sem mæla fyrir um jafnrétti kynjanna á vinnustöðum. Einnig var tekið mið af erlendum rannsóknum og verkefnum sem lúta að mælingum á jafnrétti eða skyldum þáttum.

Lokaþáttur verkefnisins fólst hins vegar í athugun á því að hvaða marki væri raunhæft að setja saman eina Jafnréttiskennitölu úr upplýsingum á grundvelli fleiri en eins mælikvarða. Þessi hluti verkefnisins fólst einkum í vali mælikvarða inn í Jafnréttiskennitöluna úr hópi þeirra sem greindir höfðu verið, sbr. umfjöllun í kafla 3 hér að framan. Þá þurfti að finna leiðir til að reikna út Jafnréttiskennitölu.

Að framan hefur því verið lýst að í upphafi var jafnvel gert ráð fyrir að unnt yrði að móta Jafnréttiskennitölu sem sýndi jafnréttisstig fyrirtækja með nokkuð víðtækum hætti en hún varð þó að vera sem einföldust í sniðum. Rannsóknarniðurstöður gáfu til kynna að breið endurspeglun jafnréttisstigs myndi helst nást með því að hafa þó nokkra mælikvarða inn í kennitölnni; blöndu af mælikvörðum á réttindi og tækifæri annars vegar og á árangur hins vegar. Þessir mælikvarðar næðu yfir flesta þá þætti sem teljast stuðla að jafnrétti kynjanna á vinnustöðum. Niðurstaðan varð þó sú að Jafnréttistalan sem lögð yrði til myndi aðeins byggjast á mælikvörðum á árangur og afmarkast við stjórnir fyrirtækja og ædstu stjórnendur. Þetta grundvallaðist einkum á þeim forsendum og sjónarmiðum sem lýst er í kafla 2. Þannig var horfið frá því að nota mælikvarða á stefnu/ráðstafanir. Jafnréttiskennitala sem byggði á slíkum grundvelli myndi vissulega sýna almennt vilja/stefnu og ráðstafanir fyrirtækis til að vinna að kynjajafnrétti. Hins vegar hafa þeir þann galla að mæla ekki með beinum hætti stöðu kynjajafnréttis innan fyrirtækisins eða árangur þessara ráðstafana. Túlkun slíkra upplýsinga eða niðurstaðna, s.s. um hvort fyrirtæki hafi tiltekna stefnu eða hafi gripið til ráðstafana til að tryggja kynjajafnrétti, er því óvissu háð. Á það bæði við um hvert jafnréttisstigið í fyrirtækinu er í raun og veru sem og hvernig bera eigi saman slíkar upplýsingar á milli fyrirtækja. Hér hafði einnig þýðingu að öflun upplýsinganna þurfti að vera framkvæmanleg. Þannig höfðu árlegar kannanir Rannsóknaseturs vinnuréttar sýnt að mjög erfitt hafði verið að fá fyrirtæki til að skila inn upplýsingum um einföldustu atriði. Sem fyrr segir lágu upplýsingar sem þessar almennt ekki á lausu hjá stjórnvöldum eða annars staðar þannig að áreiðanlegt væri. Til að safna upplýsingum um mjög mörg atriði, er varða kynjajafnrétti í fyrirtæki með nægilega áreiðanlegum hætti, þyrfti því mun meira umfang og meiri skýrslu-

gerð heldur en lagt var upp með í verkefninu um Jafnréttiskennitöluna. Því má segja að sjónarmiðið um einfaldleika hafi orðið ofan á, fremur en að kennitalan byggðist á víðtækum grunni upplýsinga.

Niðurstöðurnar má sjá hér á eftir í töflu 4a. Taflan sýnir útreikning Jafnréttiskennitölu á grundvelli sex mælikvarða sem byggjast á viðmiðum um hlutfallsleg áhrif kynjanna í viðkomandi fyrirtæki, annars vegar í stjórn fyrirtækisins og hins vegar meðal æðstu stjórnenda. Fyrirtæki fá einkunn á bilinu 0-10 fyrir hvorn hluta fyrir sig. Fyrstu þrjár spurningarnar sem lúta að kynjajafnrétti innan stjórnar geta gefið stig á bilinu 0-10. Seinni þrjár spurningarnar varða kynjajafnrétti meðal æðstu stjórnenda og geta einnig gefið stig á bilinu 0-10. Hver liður hefur mismunandi vægi í heildareinkunn hlutans, þ.e. ýmist 1 eða 2. Til að færa einkunnagjöf á skalann 0-10 eru stig margfölduð með 2,5. Lokakennitalan er síðan meðaltal einkunna úr báðum liðum. Tafla 4b sýnir síðan forsendur fyrir útreikningum í töflu 4a.

Með þessu fyrirkomulagi hafa stjórn og æðstu stjórnarmenn sama vægi. Kennitala jafnréttis er meðaltalið af kennitölu stjórnarjafnréttis og kennitölu stjórnenda-jafnréttis innan fyrirtækis. Með æðstu stjórnendum er átt við æðsta stjórnanda fyrirtækisins (forstjóra/framkvæmdastjóra) og þá sem eru í næsta stjórnendalagi fyrir neðan hann (þá sem sitja í framkvæmdastjórn/framkvæmdaráði þar sem það er fyrir hendi).

Fyrirtæki fá stig ef þau eru með fulltrúa beggja kynja í stjórn og/eða meðal æðstu stjórnenda. Fyrirtæki fær engin stig ef stjórn þess er fullskipuð konum en aðeins karlar eru í æðstu stjórnunarstöðum (eða öfugt). Ef fáir einstaklingar skipa stjórnir og stjórnendastöður, líkt og á reyndar við um stærstan hluta fyrirtækja hér á landi, er tiltölulega auðvelt að fá fullt hús stiga, líkt og dæmi C og J hér að framan sýna.

Liðir 3 og 6 í töflu 4a gefa hvort um sig fyrirtækjum stig ef 25% stjórnarmanna annars vegar og æðstu stjórnenda hins vegar eru af því kyni sem er í minnihluta. Þetta viðmið byggist á rannsóknum sem áður er vísað til og benda til þess að til að hafa áhrif þurfi það kyn sem er í minnihluta, s.s. í stjórnnum fyrirtækja, að ná ákveðnu hlutfalli þar. Þetta fyrirkomulag kemur til móts við stærri fyrirtæki með marga stjórnarmenn/stjórnendur þar sem fleiri en ein kona er í stjórn og/eða meðal æðstu stjórnenda en er þó ekki með eins jafnt kynjahlutfall og tala stjórnarmanna/ æðstu stjórnenda leyfir, sbr. t.d. dæmi B og D.

Liðir 2 og 5 gefa hvor um sig fyrirtækjum tvö stig ef kynjahlutfall er eins jafnt og tala stjórnarmanna og æðstu stjórnenda leyfir. Eðlilegt þykir að gefa þeim liðum aukið vægi enda er sem jafnast hlutfall kynjanna almennt það sem að er stefnt.

Eins og lýst hefur verið er þessi kennitala samsett, þ.e. hún endurspeglar tvo mismunandi þætti í stjórnun fyrirtækja. Enda þótt stjórnir og æðstu stjórnendur hafi ekki sama hlutverki að gegna í fyrirtækjum og skipun þeirra fari fram með misjöfn-

Tafla 4a. Útreikningur Jafnréttiskennitölu ásamt dæmum.

Mælikvarði	Stigagjöf	Nafn fyrirtækis									
		A	B	C	D	E	F	G	H	I	J
1. Eru fulltrúar beggja kynja í stjórn?	1	0	1	1	1	0	0	1	0	1	1
2. Er kynjahlutfall stjórnarmanna eins jafnt og tala þeirra leyfir?	2	0	0	2	0	0	0	2	0	0	2
3. Eru 25% stjórnarmanna eða meira af því kyni sem er í minnihluta?	1	0	1	1	0	0	0	1	0	1	1
4. Eru fulltrúar beggja kynja meðal æðstu stjórnenda?	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1
5. Er kynjahlutfall æðstu stjórnenda eins jafnt og tala þeirra leyfir?	2	2	2	2	0	0	2	0	2	2	2
6. Eru 25% æðstu stjórnenda eða meira af því kyni sem er í minnihluta?	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1
Kennitala stjórnarjafnréttis		0	5	10	2,5	0	0	10	0	5	10
Kennitala stjórnendajafnréttis		10	10	10	5	0	10	5	10	10	10
Jafnréttiskennitala		5	7,5	10	3,75	0	5	7,5	5	7,5	10

Tafla 4b. Forsendur fyrir útreikningum í töflu 4a.

	Nafn fyrirtækis									
	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J
Fjöldi stjórnarmanna	5	7	3	7	3	5	3	5	9	5
Fjöldi kvenna í stjórn	0	2	1	1	3	0	1	0	3	3
Fjöldi æðstu stjórnenda	2	9	3	8	1	6	7	3	9	3
Fjöldi kvenna meðal æðstu stjórnenda	1	4	1	2	0	3	2	1	4	1
Hlutfall kvenna í stjórn	0%	29%	33%	14%	100%	0%	33%	0%	33%	60%
Hlutfall kvenna meðal æðstu stjórnenda	50%	44%	33%	25%	0%	50%	29%	33%	44%	33%

um hætti sýnir slík kennitala hlutfallsleg áhrif kynjanna í fyrirtækinu á nokkuð breiðum grundvelli.⁵

Sú leið sem farin var til að reikna út Jafnréttiskennitöluna er aðeins ein af mjög mörgum aðferðum sem teknar voru til athugunar. Til viðbótar við framangreint hefur hún þá kosti að vera tiltölulega einföld og gagnsæ. Hún er framkvæmanleg, áreiðanleg og sýnir árangur fyrirtækja á þann hátt að þau ættu að sjá sér hag í að sækjast eftir hagstæðri Jafnréttiskennitölu.

5. Samantekt og lokaorð

Verkefnið um Jafnréttiskennitöluna fól í sér rannsóknir á hvernig mæla megi jafnréttisstig í fyrirtækjum hér á landi og birta um það upplýsingar. Helstu niðurstöður verkefnisins eru reifaðar hér að framan. Viðamesti þáttur verkefnisins varð sá sem laut að öflun upplýsinga í fyrirtækjum og voru birtar þrjár skýrslur um það á meðan verkefnið stóð yfir. Byggðu þær á könnunum á stöðu kynjajafnréttis í stærstu fyrirtækjunum hér á landi. Aðferðafræðinni við kannanirnar var breytt eftir því sem rannsóknunum og vinnslu verkefnisins vatt fram.

Þær upplýsingar sem aflað hefur verið árlega samanstanda af ýmsum kennitölum, s.s. um hlutfall kvenna í stjórn fyrirtækis, hvort æðsti stjórnandi sé karl eða kona, hvert hlutfall kynjanna er meðal æðstu yfirmanna o.fl.

Á þeim tíma sem verkefnið var unnið þróaðist það þannig að aðalatriðið varð birting nokkurra kennitalna sem sýna stöðuna í stærstu fyrirtækjunum og heildar niðurstaða t.d. á því hvert hlutfall kvenna í stjórnunum þeirra hefur verið hverju sinni. Sú samsetta Jafnréttiskennitala sem mælt er með á grundvelli verkefnisins er eins konar aukaafurð, sem gefur jafnréttisstig til kynna á breiðari grundvelli. Byggist hún á útreikningi jafnréttisstigs í fyrirtækjum á grundvelli upplýsinga um hlutfall kynjanna í stjórnunum og æðstu stjórnunarstöðum.

Enda þótt þess hafi ekki verið getið sérstaklega hér að framan leiddi verkefnið m.a. í ljós nauðsyn þess að skoða allar upplýsingar sem aflað er um tiltekið fyrirtæki í ljósi þess að dreifing karla/kvenna er mjög misjöfn eftir atvinnugreinum. Samhliða því sem upplýsingar um hlutfall kvenna í stjórnunum og meðal æðstu stjórnenda í tilteknu fyrirtæki eru skoðaðar verður því m.a. að taka mið af því hvert hlutfall kynjanna er í þeirri starfsgrein sem fyrirtækið starfar í, hver starfsmannafjöldi fyrirtækisins er og hvert hlutfall karla/kvenna er meðal starfsfólksins. Aðeins með því móti fæst raunhæf mynd af stöðunni.

Verkefnið um Jafnréttiskennitöluna stuðlaði án vafa að aukinni vitund í atvinnulífinu og víðar um mikilvægi þess að gæta að kynjahlutföllum í stjórnunum og meðal stjórnenda fyrirtækja. Talsverð fjölmiðlaumfjöllun og umræða fór fram um þetta efni í hvert sinn sem birtar voru upplýsingar um hlutfall kvenna í stjórnunum o.fl. Í umræðum og fræðilegri umfjöllun um kynjajafnrétti í fyrirtækjum er alloft vísað til

5 Hér má einnig benda á að rannsóknir hafa sýnt tengsl milli stjórnarsetu kvenna og fjölgun kvenna í stjórnunarstöðum innan sömu fyrirtækja (sjá t.d. Joy, 2008).

Jafnréttiskennitölunnar og niðurstaðna í hinum árlegu könnunum. Þá hefur þeirri skoðun vaxið fylgi að það sé fyrirtækjum í hag að tryggja fjölbreytni í stjórnnum og æðstu stjórnunarstöðum.

Til viðbótar því að birt voru gögn sem sýndu svart á hvítu hver staða kynjanna var í stjórnnum og meðal æðstu stjórnenda fyrirtækja var í skýrslum til samningsaðila verkefnisins einnig bent á skort á áreiðanlegum upplýsingum um fyrirtæki og stjórnendur þeirra á opinberum vettvangi. Rétt um það leyti sem grein þessi var í lokafrágangi voru samþykkt lög frá Alþingi, þann 4. mars 2010, þar sem tekið er á skyldu fyrirtækja til að láta hinu opinbera í té slíkar upplýsingar og auk þess bætt um betur með því að mæla fyrir um kynjakvóta í stjórnnum fyrirtækja með tiltekinn starfsmannafjölda hér á landi. Enda þótt lagasetning þessi sé ekki viðfangsefni greinarinnar er ástæða til að fagna henni enda skipar Ísland sér þar með í fremstu röð meðal ríkja sem vilja tryggja jafnræði kynjanna í stjórnnum og meðal æðstu stjórnenda fyrirtækja.

Um höfundinn

Elín Blöndal er prófessor við lagadeild Háskólans á Bifröst og forstöðumaður Rannsóknaseturs vinnuréttar. Netfang: elinblondal@bifrost.is. Greinin byggist að hluta á lokaskýrslu verkefnisins um Jafnréttiskennitöluna frá 1. apríl 2009. Lokaskýrsluna er að finna á vef Rannsóknaseturs vinnuréttar og jafnréttismála við Háskólann á Bifröst: http://rvj.bifrost.is/Files/Skra_0034661.pdf.

Heimildaskrá

- Catalyst (2004). *The bottom line: connecting corporate performance and gender diversity*. New York: Catalyst. Slóð: <http://www.catalyst.org/file/44/the%20bottom%20line%20connecting%20corporate%20performance%20and%20gender%20diversity.pdf>.
- Catalyst (2007). *The bottom line: corporate performance and women's representation on boards*. New York: Catalyst. Slóð: <http://www.catalyst.org/file/139/bottom%20line%202.pdf>.
- Huse, M. (2007). *Boards, governance and value creation: the human side of corporate governance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jafnréttiskennitalan: Birting upplýsinga um stöðu kvenna í 120 stærstu fyrirtækjunum á Íslandi árið 2008* (2008). Háskólinn á Bifröst, Rannsóknasetur vinnuréttar og jafnréttismála. Slóð: http://rvj.bifrost.is/Files/Skra_0027996.pdf.
- Jafnréttiskennitalan: Birting upplýsinga um jafnrétti í 100 stærstu fyrirtækjum á Íslandi árið 2007* (2007). Háskólinn á Bifröst, Rannsóknasetur vinnuréttar og jafnréttismála. Slóð: http://rvj.bifrost.is/Files/Skra_0019672.pdf.
- Jafnréttiskennitalan: Birting upplýsinga um jafnrétti í 100 stærstu fyrirtækjunum fyrir árið 2005* (2006). Viðskiptaháskólinn á Bifröst, Rannsóknasetur vinnuréttar og jafnréttismála. Slóð: http://rvj.bifrost.is/Files/Skra_0013452.pdf.
- Joy, L. (2008). *Advancing women leaders: the connection between women board directors and women corporate officers*. New York: Catalyst. Slóð: http://www.catalyst.org/file/229/wco_wbd_web.pdf.

- Kotiranta, A., Kovalainen, A., & Rouvinen, P. (2007). „Female leadership and firm profitability.“ *EVA Analysis*, nr. 3 (24.9.2007). Slóð:
http://www.eva.fi/files/2133_Analyysi_no_003_eng_FemaleLeadership.pdf.
- Margrét Sæmundsdóttir (2009). „Konur og stjórnarhættir fyrirtækja á Íslandi.“ *Bifröst Journal of Social Science*, 3, 5-26.
- Olgati, E., & Shapiro, G. (2002). *Promoting gender equality in the workplace*. Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities. Slóð:
<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2001/61/en/1/ef0161en.pdf>.
- Póranna Jónsdóttir (2005). „Aukin tækifæri í forystu atvinnulífsins. Skýrsla Tækifærisnefndar iðnaðar- og viðskiptaráðherra um aukinn hlut kvenna í yfirstjórnnum fyrirtækja.“ Iðnaðar- og viðskiptaráðuneyti, rit 05-03. Slóð:
<http://www.idnarraduneyti.is/utgefid-efni/skyrslur/nr/1718>.

Fordæmi um fordæmi

Einar Karl Hallvarðsson

Ágrip: Í greininni er vikið að viðteknum kenningum um gildi fordæma sem réttarheimildar og hvort hún telst formlega bindandi eður ei. Gerð er grein fyrir nýlegum dómi þar sem ágreiningur er um réttarframkvæmd að því er varðar aðild ríkisins vegna dómsmála um gildi úrskurða æðri stjórnvalda. Í framhaldi af því eru kannað lauslega hvernig Hæstiréttur hefur alla jafna vísað til fyrri fordæma og litið sérstaklega til dóma þar sem dómendur virðast ekki einhuga um gildi þessarar réttarheimildar.

Lykilorð: fordæmi; Ísland; Hæstiréttur

Abstract: This article discusses several judgements by Iceland's Supreme Court which seem to reflect differing understandings of the status of judicial precedents. Despite the fact that Icelandic courts are not constitutionally or legally obligated to follow precedents, case law shows a very strong tendency to do so, as long as the circumstances are similar and the relevant laws have not changed in the meantime. However, some Supreme Court judges seem to have been willing to challenge the custom of following precedent. The article focuses on recent decisions where the Supreme Court has divided in its views on the importance of precedent.

Keywords: precedent; Iceland; Supreme Court

1. Inngangur

Fordæmi er ein réttarheimilda. Á því leikur ekki vafi og sitthvað hefur verið ritað um hana. Hér er ekki ætlunin að bæta þar við eða úr. Átök hafa verið um þessa réttarheimild og þeim samfara eru oft deilur um hvert sé hlutverk dómstóla í mótun nýrra reglna eða öllu heldur hvort þeir eigi að hafa þar hlutverk. Aðrir hafa lýst þessari réttarheimild og brotið hana til mergjar. Hér er stuðst við helstu sjónarmið úr íslenskum kennslubókum og greinum.

Um hlutverk dómstóla við setningu réttarreglna og ólík sjónarmið þar að lútandi má vísa í rannsóknir Sigurðar Líndal og Jóns Steinars Gunnlaugssonar. Í bók Sigurðar *Um lög og lögfræði*¹ er sérstakur viðauki um þetta efni og í riti hins síðarnefnda um fordæmi og valdmörk dómstóla er einnig um það fjallað.² Í skrifum þeirra

1 Sigurður Líndal, *Um lög og lögfræði: grundvöllur laga – réttarheimildir* (Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag, 2003). Hér er vísað í útgáfuna frá 2003, en í endurskoðaðri útgáfu frá 2007 eru ekki teljandi breytingar um það efni sem borið er niður í.

2 Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla* (Reykjavík: Háskólinn í Reykjavík, 2003).

tveggja koma fram helstu meiningar og kenningar um þetta efni, oft öndverð sjónarmið. Hugmyndin er ekki að takast á við höfundana um þetta efni. Skoðun þess sem þetta ritar, e.t.v. frekar réttarvitund, er sú að menn hljóti að sjá fyrir sér eina rétta lögfræðilega niðurstöðu um tiltekið sakarefni sem borið er undir dóm. Það er líka skoðun þess, sem þetta ritar, að dómstólar eigi ekki að leggjast sérstaklega á árarnar við lagasmíð. Það sem vakti áhuga til þessara skrifa er að margir nýlegir dómur Hæstaréttar endurspegla þessi átök og fróðlegt er að skyggast í það hvernig æðsti dómstóllinn vísar í fordæmi undanfarin misseri, sérstaklega þegar dómendur eru ekki einhuga. Upphaflega var innblástur greinarinnar dómur sem Hæstiréttur felldi í kærumáli sumarið 2008. Þar var til endurskoðunar hvort vísa hefði átt frá héraðsdómi kröfum í máli á hendur íslenska ríkinu. Fyrir héraðsdómi var þess krafist að felldur yrði úr gildi sá hluti úrskurðar umhverfissráðherra frá 5. janúar 2007 þar sem fallist var á leið B í 2. áfanga Vestfjarðavegar (60) Bjarkarlundur – Eyri í Reykhólahreppi með skilyrðum í sex liðum. Stefnendur voru þrír einstaklingar og tvö félagasamtök. Stefnu þeir íslenska ríkinu og Vegagerðinni. Dómur Hæstaréttar féll þann 18. júní 2008 í málinu nr. 264/2008.

Nokkuð hefur verið ritað um þau réttarfarslegu álitamál sem snerta varnaraðild ríkisins. Höfundur þessarar greinar setti niður á blað grein þar sem tæpt var á því efni undir heitinu „Hvernig er þetta með ríkið?“³ Þá var spurt hvernig þetta er með ríkið, en að gengnum dómi Hæstaréttar mætti e.t.v. frekar spyrja hvernig var þetta með ríkið. Væntingar eru þá um að löggjafinn þurfi að bregðast við því hvernig nánar fari með kröfur á hendur hinu opinbera þegar úrskurður á æðsta stjórnarsýslustigi er til úrlausnar. Fleiri hafa komið inn á þetta efni. Má nefna greinar eftir Skúla Magnússon,⁴ Ólaf Jóhannes Einarsson⁵ og einnig hafði verið tæpt á vandamálinu í grein eftir Sigurð Tómas Magnússon.⁶

Dómurinn sem nefndur var afhjúpar eldri dómaframkvæmd sem er illskiljanleg og óhagkvæm í flestu tilliti að mati höfundar. Dómurinn er einnig áhugaverður sökum þess að þar er tekist á um hvernig eigi að skilja tiltekin fordæmi sem rétturinn mótaði sjálfur.

Í þessari grein er þá einnig ætlunin að hreyfa við nokkrum sjónarmiðum er varða fordæmi æðsta dómstólsins. Það kemur orðið fyrir að í dómum Hæstaréttar sést hvar dómendur eru að rýna í fordæmi réttarins sjálfs, endurskoða gildi þeirra eða velja á milli einhverra fordæma til að máta við úrlausnarefni hverju sinni. Menn velta því fyrir sér hvort fordæmi Hæstaréttar séu bindandi að óbreyttum lögum um sams konar eða hliðstætt úrlausnarefni. Fullyrðing í þá veru er almennt ekki talin

3 Einar Karl Hallvarðsson, „Hvernig er þetta með ríkið?“ *Úlfjótur* 58 (2005), bls. 495-525.

4 Skúli Magnússon, „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera að dómsmálum?“ *Úlfjótur* 58 (2005), bls. 527-538.

5 Ólafur Jóhannes Einarsson, „Réttarfarskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi.“ *Tímarit lögfræðinga* 57 (2007), bls. 39-81.

6 Sigurður Tómas Magnússon, „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála,“ *Tímarit lögfræðinga* 55 (2005), bls. 144-145.

standast fræðilega, því bent hefur verið á í réttarheimildafræðinni að engin lög knýi Hæstarétt til að fara að fordæmum sínum.⁷ En þessa fullyrðingu má þó styðja við heimildir og rökstyðja lögfræðilega. Ekki þarf annað til vitnis en að varpa fram þeirri staðreynd hversu oft – og vafalaust oftast – Hæstiréttur vísar beint í fordæmi til stuðnings niðurstöðum eða kveður á um að atvik máls séu ekki sambærileg fordæminu og því gildi það ekki í viðkomandi máli. Hæstiréttur er líklegur til að beita fordæminu en ætti að vera ólíklegri til að víkja frá þeim.⁸ Það hljóta dæmin að sýna. Nýjar víddir koma svo til þar sem dómendur virðast fjalla um fyrri dóma réttarins af fræðilegri ástriðu eða á gagnrýninn hátt með því að þeir telja þau ekki standast. Og þá vaknar spurningin um það hverjar eru hinar eiginlegu réttarheimildir og hver er rétt hæð þeirra þegar æðsti dómstóllinn hefur lýst hvernig fara eigi með tiltekið lagaatriði máls. Einnig verður staldrað við þá aðstöðu þegar dómari skilar sératkvæði og sambærilegt sakarefni, t.d. bara lagaatriði, kemur til kasta réttarins að nýju. Er þá rétt að hann skili sératkvæði um niðurstöðuna aftur eða telur hann sig bundinn af fordæminu og skipar sér þar á bás? Ætla verður að jafnræðisregla hvetji hann til þess að dæma á sömu lund og meirihlutinn hafði gert. Þetta á ekki bara við um fjölskipaðan dóm heldur einnig ýmis fjölskipuð stjórnvöld. Þegar fjölskipuð stjórnvöld eiga í hlut má leiða þessa niðurstöðu beint af jafnræðisreglu stjórnsýslulaga. Vafamál er hins vegar hvort Hæstiréttur sé bundinn af jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar við þessar aðstæður. En af því að dómur Hæstaréttar frá 1. júní 2008 lýsir nokkrum átökum um gildi fordæma og hvort fordæmin voru talin standast aðrar réttarheimildir við nánari skoðun er rétt að víkja að honum betur.

2. Dómur Hæstaréttar frá 18. júní 2008 í málinu nr. 264/2008

Það er fremur sjaldgæft að dóm Hæstaréttar í kærumáli af vettvangi einkamála skipi fimm dómara. Af eðlilegum ástæðum er hefð fyrir því ef úrskurðum Félagsdóms er þangað skotið. Oftast skipa Hæstarétt þrjú dómendur þegar leyst er úr kærumáli um einkamáli. Fjöldi dómenda ræðst þó vitaskuld af reglum 7. gr. dómstólalaga nr. 15/1998. Samkvæmt því var hér um mikilvægt úrlausnarefni að ræða. Athygli vekur þó að í þessum dómi er verið að leysa úr lagaatriði á sviði réttarfars sem nokkuð oft hefur komið við sögu áður. Vandasamt er þess vegna að fullyrða um hvað varð þess valdandi að fimm dómara skipuðu dóminn og að honum gengnum vaknar sú spurning af hverju dómurinn þríklofnaði í afstöðu sinni. Þrjú dómendur stóðu að dómsniðurstöðu Hæstaréttar, einn þeirra þó með öðrum forsendum. Tveir skiluðu sératkvæði um aðra niðurstöðu.

Málsatvik voru í stuttu máli þau að Vegagerðin gerði sem framkvæmdaraðili drög að tillögu að matsáætlun fyrir mat á umhverfisáhrifum Vestfjarðavegar (Þórisstaðir-Eyrará í Reykhólahreppi). Voru þar settir fram sex mismunandi fram-

7 Sjá nánar í kafla 3 hér á eftir.

8 Sigurður Línal, *Inngangur að lögfræði. II. Réttarheimildir: fordæmi* (Bráðabirgðaútgáfa til kennslu, Reykjavík, 1996), bls. 44.

kvæmdakostir. Skipulagsstofnun gerði margvíslegar athugasemdir við þessi drög en úrskurðaði á endanum að fallast mætti á alla valkosti Vegagerðarinnar í 1. og 3. áfanga auk leiðar D í 2. áfanga með skilyrðum. Lagðist stofnunin hins vegar gegn tveimur leiðum, B og C, vegna umtalsverðra umhverfisáhrifa. Níu aðilar kærðu úrskurðinn til umhverfisráðherra, þar af tveir til staðfestingar. Umhverfisráðherra kvað upp úrskurð þann 5. janúar 2007 þar sem hann féllst á leið B í 2. áfanga Vestfjarðavegar með skilyrðum andstætt niðurstöðu Skipulagsstofnunar, sem hafði fallist á leið D. Leið C var hins vegar hafnað. Stefnendur málsins, þrír einstaklingar og tvenn félagasamtök, kröfðust ógildingar á úrskurði ráðherra þar sem fallist var á leið B í 2. áfanga. Stefnu þeir sem fyrr segir íslenska ríkinu og Vegagerðinni. Auk þess að krefjast málskostnaðar, settu stefnendur fram svohljóðandi dómkröfu:

Stefnendur krefjast þess að felldur verði úr gildi sá hluti úrskurðar fyrrverandi umhverfisráðherra, Jónínu Bjartmarz, frá 5. janúar 2007 þar sem fallist er á leið B í 2. áfanga Vestfjarðavegar (60) Bjarkalundur - Eyri í Reykhólahreppi með skilyrðum í 6 liðum.

Í kærumálinu er m.ö.o. tekist á um hvort vísa ætti þessari kröfu á hendur íslenska ríkinu frá dómi. Ekki var deilt um að Vegagerðin væri réttilega að málsókninni komin. Rétt er að nefna strax að stefnendur byggðu meðal annars á því að með úrskurði sínum hefði umhverfisráðherra ekki uppfyllt skilyrði ákvæða stjórnslulaga nr. 37/1993 um rannsókn máls, ekki gætt meðalhófs og þar að auki brotið gegn 13. og 14. gr. laganna. Þetta hefur töluverða þýðingu þegar virt er hvort réttlæt看legt var að stefna íslenska ríkinu. Vandamálið snýst m.ö.o. um þá dómvenju sem virðist hafa skapast um að ekki standi réttarfarsnauðsyn til þess að stefna æðra stjórnvaldi til ógildingar á úrskurði þess í kærumáli og hvort sú dómvenja sé skýr, en óljóst er á hvaða réttarheimild dómstólar byggðu þessa þróun á.

2.1. Úrskurður héraðsdóms

Héraðsdómur vísaði frá kröfum á hendur íslenska ríkinu og studdi þá niðurstöðu við fordæmi Hæstaréttar, einkum hrd. 1997, bls. 2856 og 2918, hrd. 2001, bls. 4620 (431/2001) og hrd. 2002, bls. 3910 (501/2002). Nánar sagði um þessi fordæmi í úrskurði héraðsdóms:

Fordæmin eru þess efnis að vísa beri frá kröfum á hendur æðra stjórnvaldi, ef um æðra stjórnvald á málskotsstigi innan stjórnslunnar er að ræða, þar sem hið æðra setta stjórnvald hafi þá ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins og ekki sé fyrir hendi réttarfarsnauðsyn á að gefa því kost á að láta til sín taka dómsmál sem eingöngu er höfðað til niðurfellingar á stjórnvaldsákvörðun þess.

Jafnvel þótt fallist sé á með stefnendum að svo virðist sem ákveðin réttarþróun hafi orðið í þá átt sem stefnendur hafa haldið fram, eru fordæmi þau sem stefnendur vísuðu til í sínum málflutningi ekki jafn fortaklaus og þeir dómur sem stefndi vísar til. Í ljósi hinna skýru fordæma Hæstaréttar um aðild æðra setts stjórnvalds í málum sem eru sambærileg máli þessu, er því óhjákvæmileg niðurstaða dómsins að umhverfisráðherra, sem í máli þessu gegndi hlutverki æðra stjórnvalds á málskotsstigi innan stjórnslunnar, sbr. 26. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, hafi ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins sem

leitt geti til aðildar hans að því. Þá verður heldur ekki talið að réttarfarsnauðsyn sé á því að gefa ráðherranum kost á að láta til sín taka mál þetta, sem eingöngu er höfðað til ógildingar á hluta úrskurðar hans.

Um niðurstöðu þessa efnis, sem héraðsdómur var sjálfsagt knúinn til að leggja til grundvallar í ljósi fordæma, hefur verið rætt og ritað sem fyrr segir. Bent hefur verið á að niðurstaða í þessa veru er óvenjuleg og á tíðum illskiljanleg, bæði út frá reglum einkamálaréttarfars og stjórnarsýsluréttar. Skortur á lögvörðum hagsmunum er hindrun fyrir þá sem höfða mál, sbr. 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 og meginreglur þar að lútandi, en óvenjulegt er að varnaraðili geti flúið málaferli með því að telja sig ekki eiga hagsmuni af úrlausninni. Hagsmunaskortur stefnda, ef svo mætti kalla, felst fremur í því að hann eða þeir eiga ekki aðild að máli eða að umkrafin skylda (eða viðurkenning á réttindum stefnanda) hvílir einfaldlega ekki á þeim þótt ekkert sé við aðildina að athuga. Frá sjónarhóli stjórnarsýsluréttar er þessi dómaframkvæmd einnig óvenjuleg því dómstólar hafa almennt lagt áherslu á að því stjórnvaldi beri að stefna sem tekið hafi þá ákvörðun sem um er deilt. Dómaframkvæmdin sýnir líka að ekki virðist ráða úrslitum hvort um var að ræða úrskurðaraðila á æðra stigi stjórn-sýslu eða ekki. Þannig er mjög erfitt að greina hvenær frávísun á við og hvenær ekki. Það er líka sérkennilegt að telja ekki réttarfarsnauðsyn á því að gefa ráðherra kost á að láta mál til sín taka „sem eingöngu er höfðað til ógildingar á hluta úrskurðar hans“. Hljómar það ekki eins og að segja að ekki sé réttarfarsnauðsyn á að gefa móður kost á að láta til sín taka mál sem eingöngu er höfðað til að fá úr því skorið hvort hún verði svipt forræði yfir barni sínu?

2.2. Dómur Hæstaréttar

Með dómi Hæstaréttar var hinn kærði úrskurður staðfestur. Dómurinn vekur upp þá spurningu af hverju ekki var vísað til forsendna héraðsdóms og úrskurður hans með því staðfestur ágreiningslaust meðal dómenda. Fyrr er gefið í skyn að niðurstaða héraðsdóms var sennilegast óhjákvæmileg í ljósi fordæma. Eins og úrskurðurinn ber með sér var dómarnum í héraði þó vandi á höndum því fordæmin voru ekki á eina lund. Málið átti þó sterka samstöðu með þeim fyrri þar sem vísað hafði verið frá kröfum á hendur íslenska ríkinu. En þurfti meirihlutinn að byggja niðurstöðu sína á öðru en fyrri fordæmum eða t.d. að vísa til „dómaframkvæmdar“. Af hverju taldi meirihlutinn rétt að orða forsendur með öðrum hætti en fyrr hafði verið gert?

Í atkvæði tveggja dómenda, sem myndaði ásamt einum öðrum dómara niðurstöðu Hæstaréttar, sagði:

Úrskurður umhverfisráðherra, sem mál þetta er höfðað um, felur í sér heimild handa varnaraðilanum Vegagerðinni til nánar tiltekinnar framkvæmdar. Óhjákvæmilegt er því að beina máli um ógildingu úrskurðarins að þessum varnaraðila. Þegar metið er hvort sóknaraðilum sé nauðsynlegt eða heimilt að beina dómkröfum sínum jafnframt að varnaraðilanum íslenska ríkinu verður að gæta að því að milli hans og varnaraðilans Vegagerðarinnar er ekkert réttarsamband, sem leitt getur af sér óskipt réttindi þeirra eða óskipta skyldu gagnvart sóknaraðilum. Sameiginleg aðild þeirra til varnar í málinu

verður því ekki studd við ákvæði 1. mgr. 18. gr. laga nr. 91/1991. Í 1. mgr. 19. gr. sömu laga er þeim, sem höfðar einkamál, heimilað að sækja þar tvær eða fleiri kröfur sínar á hendur tveimur eða fleiri aðilum ef kröfurnar eiga rætur að rekja til sama atviks, aðstöðu eða löggernings. Ákvæði þetta er sett til hagræðis fyrir stefnanda máls og hefur aðeins að geyma heimild, sem óskilytt er að neyta, enda verður máli aldrei vísað frá dómi fyrir þær sakir að stefnandi láti þetta hjá líða. Í máli því, sem hér er til úrlausnar, getur ekki komið til kasta þessa lagaákvæðis, enda gætu sóknaraðilar aldrei talist eiga sjálfstæða kröfu á hendur hvorum varnaraðila um ógildingu úrskurðar umhverfisráðherra, sem þeim væri í sjálfsvald sett hvort sótt yrði í einu dómsmáli eða tveimur. Að þessum kostum frágengnum gæti aðild varnaraðilans íslenska ríkisins að málinu ekki komið til álita nema eftir ákvæðum 21. gr. laga nr. 91/1991, en þá leið hafa sóknaraðilar ekki kosið að fara. Ekki er unnt að fallast á að sóknaraðilum sé heimilt að beina kröfum sínum að þessum tveimur varnaraðilum án þess að fyrir því sé lagastöð, enda er hvergi í réttarfarslögum að finna fyrir mæli um hvernig standa ætti að rekstri máls við þær aðstæður, meðal annars ef varnaraðilarnir létu ekki málið báðir til sín taka, gerðu þar ólíkar dómkröfur eða bæru fyrir sig mismunandi málsástæður. Samkvæmt þessu verður hinn kærði úrskurður staðfestur.

Ekki er unnt að greina neinar breytingar á lögum sem knúðu Hæstarétt til að gefa vandamálinu þennan sérstaka gaum, hvorki á ákvæðum laga nr. 106/2000 um mat á umhverfisáhrifum, sem rétt er að nefna hér, né ákvæðum laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Breyting sú sem varð með fyrrnefndu lögunum á árinu 2005⁹ hafði ekki áhrif, eins og vikið er að í sératkvæði. Þá er ekki að sjá að orðið hafi grundvallar-breytingar á almennum reglum stjórn-sýslulaga eða stjórn-sýsluréttar. Í þeim forsendum, sem teknar eru upp að framan, er leitað fanga í óbreyttum ákvæðum í III. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, sem fjallar um aðild og fyrirsvar. Í fyrri dómum um þetta vandamál var engum steinum velt í ákvæðum þessara laga. Það er með öðrum orðum reynt að finna því stoð í ákvæðum laganna undir hvaða kringumstæðum fleiri en einum aðila verði stefnt í einkamáli vegna ógildingar á stjórnvaldsathöfn. Í þessu tilviki má geta þess að báðir varnaraðilar deilunnar eru stjórnvöld, en hins vegar verður að taka með í reikninginn að Vegagerðin er í þessari deilu aðili sem skálmur fram á einkaréttarlegu sviði sem framkvæmdaraðili.

Nauðsynleg samaðild eftir 18. gr. EML verður ofan á ef um óskipt réttindi eða óskipta skyldu er að ræða. Frávísun er þar sjálfgefin ef út af bregður. Sérkennilegt er hins vegar að ráðherra hafi ekki verið talinn réttilega að deilunni kominn undir merkjum 19. gr. EML með því að sakarefnið sé óumdeilanlega sprottið af sömu aðstöðu – jafnvel af sömu rót. Hæstiréttur kveður hins vegar upp úr með að *ekki geti komið til kasta þessa lagaákvæðis þar sem stefnendur málsins gætu aldrei talist eiga sjálfstæða kröfu á hendur hvorum varnaraðila um ógildingu úrskurðar umhverfisráðherra, sem þeim væri í sjálfsvald sett hvort sótt yrði í einu dómsmáli eða tveimur*. Þá er umfjöllun um 1. mgr. 19. gr. laga nr. 91/1991 sérkennileg í ljósi þess að ekki verður séð að íslenska ríkið hafi byggt frávísunarkröfu sína á þeirri grein. Frávísun á grundvelli þess að skilyrðum samlagsaðildar eftir 1. mgr. 19. gr. sé ekki fullnægt er háð kröfu þar að

9 Lög nr. 74/2005 um breytingu á lögum nr. 106/2000 um mat á umhverfisáhrifum.

lútandi. Ef álitamál um svo þrönga túlkun á ákvæði 19. gr. væru stundarkorn lögð til hliðar mætti í sama veffangi nefna að í sératkvæði eins dómara var einmitt nefnt að dómar væru til þar sem fleira en eitt stjórnvald eða stjórnvald og einkaaðilar hefðu verið aðilar að dómsmáli um ógildingu stjórnarathafnar.

Sem fyrr segir töldu tveir þeirra dómenda, sem stóðu að niðurstöðu meirihlutans, að finna þyrfti henni stoð í lögum, þrátt fyrir þessi mörgu fordæmi sem til voru. Einn dómari skilaði sératkvæði þar sem hann var sammála niðurstöðu meirihlutans, en með öðrum rökstuðningi. Hann tók fram að fjölmörg dæmi væru um það í dómum Hæstaréttar að fleiri en einn aðili væri til varnar eða sóknar í einkamálum án þess að uppfyllt væru skilyrði 18. eða 19. gr. laga nr. 91/1991 eins og þau væru skýrð í niðurstöðu þeirra tveggja dómenda sem lögðu grunn að niðurstöðu málsins. Á þetta verður að fallast en geta þess þó, að máli verður ekki vísað frá dómi á grundvelli 1. mgr. 19. gr. nema þess sé krafist. Þannig getur fjöldi aðila til sóknar eða varnar í einkamáli einfaldlega helgast af því að frávísunar á grundvelli 19. gr. er ekki krafist. Dómarinn bendir réttilega á í sératkvæðinu að þetta helgist einnig af því að ekki hafi verið talið rétt að dæma um mál nema þeim, sem átti lögvarða hagsmuni af úrlausninni, yrði gefinn kostur á að tjá sig um það. Að öðru leyti rökstyður dómariinn niðurstöðu sína um staðfestingu úrskurðarins með því að greina hagsmuni íslenska ríkisins í málinu og kemst að þeirri niðurstöðu að þeir séu ekki fyrir hendi, aðeins hafi ráðherra verið hlutlaus úrskurðaraðili. Að mörgu leyti má halda því fram að þessi rökstuðningur sé eðlilegri út af fyrir sig en hinna tveggja dómendanna sem einnig vildu staðfesta úrskurð héraðsdóms. Ástæðan er sú að dómariinn heldur sig í raun nær þeim fordæmum sem fyrir hendi voru og hafnar því að þessi varnaraðili hafi haft lögvarða hagsmuni.

Í sératkvæði tveggja dómenda annarra, sem vildu hrinda úrskurði héraðsdóms, voru fyrri fordæmi Hæstaréttar um þetta efni gagnrýnd og þeim hafnað. Atkvæði þeirra er sérlega áhugavert, ekki bara sökum þess að þar er reynt að kryfja inn að beini hvernig réttarfarsreglur og reglur stjórn-sýsluréttar horfa við aðild ríkisins í þessu tilviki. Atkvæði þeirra geymir einnig markvissa gagnrýni á fyrri fordæmi. Þeir benda á að ekki sé að finna sérstök ákvæði um það í lögum um meðferð einkamála hvernig haga beri aðild til varnar í málum þar sem leitast er við að hnekkja stjórnvaldsákvörðun. Sú óskráða meginregla hafi verið talin gilda að stefna beri því stjórnvaldi sem í senn er aðildarhæft og bært til að taka þá ákvörðun, sem ógildingar er krafist á, nema annað leiði af lögum eða venju. Sömu undirstöðurök gildi um fyrir-svar stjórnvalda í slíkum málum, sbr. 5. mgr. 17. gr. laga nr. 91/1991. Þeir benda einnig réttilega á að venja leiði til þess að ekki beri að stefna sjálfstæðum stjórn-sýslunefndum á kærustigi þegar þess er freistað að hnekkja ákvörðunum þeirra. Hér vísa dómendurnir í tvígang til venju. Hið fyrra sinn lýsa þeir óskráðri meginreglu en gera við hana fyrirvara á grundvelli venju. Í hinu síðara telja þeir venju leiða til þess að ekki beri að stefna sjálfstæðum stjórn-sýslunefndum. Væntanlega er hér átt við dómvenju sem ítrekuð fordæmi renna stoðum undir. Engu að síður gera þeir vissá

atlögu að þessari dómvenju gegn niðurstöðu meirihlutans. Atkvæði þeirra lýsir nefnilega gagnrýni á þá dómaframkvæmd sem hófst árið 1997. Í sératkvæði þeirra segir:

Á árinu 1997 hóf Hæstiréttur að beita sambærilegri undantekningu um ráðherra frá framangreindri meginreglu þegar aðstaðan var sú að þeir höfðu úrskurðað í máli á grundvelli stjórnsýslukæru. Vísaði rétturinn þannig frá kröfum á hendur ráðherra að eigin frumkvæði, sbr. dóma í dómasafni réttarins frá 1997, bls. 2856 og 2918. Þessi breyting var ekki gerð á grundvelli nýrra laga heldur með ákvörðun réttarins um að breyta áralangri og viðtekinni skýringu á 19. gr. laga nr. 91/1991 sem var að þessu leyti í samræmi við skýringu 47. gr. laga nr. 85/1936 um meðferð einkamála í héraði. Samkvæmt hinni viðteknu skýringu á ákvæðum þessum var lagt til grundvallar að samlagsaðild varnarmegin yrði hagað með þeim hætti að stefna mætti því stjórnvaldi er hina umdeildu ákvörðun hafði tekið svo og rétthafa ákvörðunarinnar þar sem gerð var krafa um ógildingu hennar, enda kröfur á hendur aðilunum samrættar þar sem þær voru báðar sprottnar af sömu stjórnvaldsákvörðuninni sem í senn var að lögum bindandi fyrir stjórnvaldið og þann, sem ákvörðuninni var beint til eftir að hún hafði verið birt. Af þeim fjölmörgu málum þar sem aðild hefur verið svo háttáð má sem dæmi nefna dóma sem birtir eru í dómasafni réttarins frá árinu 1981, bls. 1183, frá árinu 1983, bls. 1655 og frá árinu 1993, bls. 2364.

Í þessu sératkvæði er einnig bent á að þótt hin breytta skýring, sem þeir rekja aftur til ársins 1997, hafi vikið frá meginreglunni um varnaraðild stjórnvalda, þá hafi henni ekki verið beitt í öllum málum sem dæmd hafi verið frá árinu 1997 enda sé staða ráðherra önnur en sjálfstæðra stjórnsýslunefnda að því er varðar almennar stjórnunarheimildir, svo og ráðherraábyrgð. Þetta er nánar rökstutt með því að ráðherra geti haft hagsmuni af máli, auk þess sem hann hafi forræði á sakarefni er lýtur að stjórnvaldsákvörðunum sem hann hafi sjálfur tekið innan þeirra marka sem leiðir af reglum réttarfars og stjórnsýsluréttar. Í þessu skyni eru nefndir fjórir dómur Hæstaréttar.¹⁰

Þeir halda áfram og gagnrýna þessa dómaframkvæmd sem og þá stefnubreytingu sem komst á árið 1997. Segja þeir að þar sem forsendur þessara dóma hafi ekki að geyma skýr viðmið um það hvenær heimilt er að stefna ráðherrum vegna úrskurða þeirra á æðra stjórnsýslustigi ríki réttaróvissa um það í ljósi þeirrar stefnubreytingar sem varð árið 1997. Þessa afstöðu má jafnvel skilja sem svo að dómendurnir tveir vilji ekki dæma beinlínis gegn fyrri fordæmum sem fólu í sér stefnubreytingu, heldur sé óhjákvæmilegt að fara nánar í saumana á því hvaða réttarregla skuli gilda, enda ríki um það réttaróvissa. Við svo búið rökstyðja þeir niðurstöðu sína með því að leita skýringa á því hvort réttarfarslög og reglur stjórnsýsluréttar geti með réttu leitt til þess að vísa beri frá héraðsdómi kröfum á hendur íslenska ríkinu. Með þessu móti virðast dómendurnir tveir takast á við það hvort meðferð réttarheimilda í fyrri fordæmum hafi verið rétt. Bent er meðal annars á að skilyrðið um lögvarða hagsmuni hafi almennt verið notað um greiningu á hagsmunum stefnanda máls að einkarétti en ekki hagsmuni hins opinbera. Það að stjórnvald hafi að lögum

10 Nefndir eru í sératkvæðinu hrd. 2002, bls. 2241, hrd. 2003, bls. 673, hrd. 2004, bls. 171 og hrd. 2004, bls. 2760.

verið fengið vald til að taka ákvörðun leiði til þess að það hafi lögvarða hagsmuni af varnaraðild um ákvarðanir sínar og þurfi að standa skil gerða sinna, sbr. 60. og 70. gr. stjórnarskrárinnar. Í reynd hafi dómaframkvæmd gengið út frá því að varnaraðild fleiri en eins við þessar aðstæður hafi verið talin heimil væru skilyrði 1. mgr. 19. gr. laga nr. 91/1991 uppfyllt. Þá telja þeir að í niðurstöðu dómendanna tveggja, sem studdu niðurstöðu meirihlutans, hafi nefnd 19. gr. raunar verið túlkuð strangar en áður hafi verið gert. Loks er farið yfir á hvern hátt málatilbúnaður þeirra, sem vildu hrinda ákvörðun ráðherra, kallar óhjákvæmilega á aðild hans vegna íslenska ríkisins út frá ýmsum reglum stjórnáætlunartáttar, einkum um málsmeðferð, en með þeirri aðild hljóti möguleikar til að upplýsa sakarefnið á vandaðan hátt að aukast til muna.

Athygli vekur að í atkvæðum dómendanna fimm er hvergi getið dóms sem fallið hafði liðlega þremur mánuðum fyrir eða þann 14. mars 2008 í málinu nr. 114/2008. Þar var höfð upp svofelld kröfugerð fyrir héraði:

Stefnendur gera þær dómkröfur að ógiltur verði úrskurður umhverfisráðherra frá 11. maí 2007, mál ráðuneytisins nr. 06120018, vegna kæru Vegagerðarinnar, þar sem hluti ákvörðunar Skipulagsstofnunar frá 5. desember 2006, um matsáætlun vegna mats á umhverfisáhrifum lagningar Hringveggar um Hornafjarðarfliót í sveitarfélaginu Hornafirði er felldur úr gildi.

Deilt var um hvort stefnendur ættu lögvarða hagsmuni af úrlausn um þessar kröfur. Hæstiréttur taldi svo vera en vék einnig að aðild Vegagerðarinnar og íslenska ríkisins með svofelldum orðum:

Fallist er á með sóknaðilum að réttarfarsástæður standi til þess að gefa ráðherra kost á að láta mál þetta til sín taka. Þá verður krafa sóknaðila ekki tekin til meðferðar án þess að framkvæmdaraðili eigi aðild að málinu, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar í máli nr. 231/2002 í dómasafni réttarins það ár, bls. 2241.

Tveir af þremur dómurum voru hinir sömu og skiluðu sératkvæði í dómnum frá 18. júní, að því er best verður séð, í samræmi við niðurstöðuna þremur mánuðum áður.

Þeirri skoðun hefur verið lýst að dómur af þessum meiði kalli á lagasetningu.¹¹ Dómur Hæstaréttar kunna að kalla á lagasetningu vegna þess að það reynist óhjákvæmilegt að gera breytingar á lögum í kjölfar þeirra. Lög stóðust ekki stjórnarskrá eða löggjafinn taldi einfaldlega að niðurstaða kallaði á breytingar. Löggjafinn tekur þá nýja afstöðu til þess hvaða réttarstaða eigi að gilda á tilteknu sviði. Dómurinn frá 18. júní 2008 kallar hins vegar á lagasetningu vegna þeirrar óvissu sem orðin er, burt séð frá því hvaða leið menn telja hina réttu um aðild ríkisins. Rétturinn þriklofnar. Tveir dómenda reyna að finna fyrri niðurstöðum stoð í settum lögum, einn dómari rökstyður frekar fyrri fordæmi að því er virðist, en tveir aðrir hafna fyrri fordæmum að því er best verður séð. Fyrirmyndina að lagabreytingu um þetta efni mætti e.t.v.

11 Sjá áður tilvitnaða grein Skúla Magnússonar.

sækja í norskan rétt þar sem svofellt ákvæði er að finna í grein 1-5 einkamála-laganna.¹²

Søksmál om gyldigheten av forvaltningsvedtak reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans. Er dette et statlig organ, skal retten gi varsel om søksmålet til en kommune eller fylkeskommune som har truffet avgjørelse i saken i tidligere instans.

Það má með öðrum orðum halda því fram með rökum að dómurinn og dómaframkvæmdin sem tekist var á um kalli á lagasetningu. Verður þá ekki lengur staldrað við vandamálið um aðild ríkisins í dómsmálum vegna stjórnvaldsathafna. En dómur þessi er með hurðum og gluggum. Fimm dómarmar dæmdu en ekki þrír sem fyrr sagði. Dómendur voru ekki einhuga í afstöðu sinni til þess hvernig bæri að skýra réttarfarsákvæði og síðast en ekki síst fordæmi réttarins sjálfs. Hin breytta dómaframkvæmd sem fjallað var um var í reynd dómvenja og stefnubreyting sem dómstóllinn sjálfur átti upptökin að. En það má deila um fordæmisgildi þessa dóms frá 18. júní 2008. Deila má um þá kenningu að fordæmisgildi dóms sé minna ef sér- atkvæði er greitt. Þessi dómur getur þó aflað þeirri skoðun aukið fylgi.

Hér virðist vera fyrir hendi skóladaemi um það þegar upp kemur sú staða að Hæstiréttur endurskoðar fordæmi sín. Allir dómendurnir virðast nálgast úrlausnaratriði málsins á þann hátt að kanna þurfi hvort meðferð þeirra réttarheimilda sem réði fyrri niðurstöðum hafi staðist. Í riti Jóns Steinars Gunnlaugssonar um fordæmi og valdmörk dómstóla er tæpt á þessu atriði. Í umfjöllun sinni um hvort fordæmi séu bindandi orðar hann það svo að leggja beri fordæmi til grundvallar dómi í sambærilegu yngra máli nema dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að sú meðferð réttarheimilda, sem réði fyrri niðurstöðunni, hafi verið röng eða réttarheimildir hafi breyst eftir að hann var kveðinn upp; fordæmi sé jafn bindandi og sú réttarheimild sem lá því til grundvallar.¹³

3. Hvernig lítur Hæstiréttur almennt á gildi fordæma?

Menn eru almennt sammála um að fordæmi er mikilvæg réttarheimild og í því riti um almenna lögfræði, sem lengst af var kennd og byggð á rannsóknum og fyrirlestrum dr. Ármanns Snævars, er ekki um að villast.¹⁴ Í sama riti er hugtakið skýrt svo að dómsúrlausn hafi gengið um tiltekið réttaratriði og að hún sé notuð sem fyrirmynd í síðara dómsmáli.¹⁵ Samt er bent á að Hæstiréttur er ekki talinn bundinn af fyrri úrlausnum sínum og engri réttarreglu sé fyrir að fara sem leggi skyldu á héraðsdómara að fylgja fordæmi Hæstaréttar.¹⁶ Athygli vekur að í skilgreiningunni að framan er notað orðið „réttaratriði.“ Eflaust er áherslan þar á lagaatriði málsins og rýna verður þá í hvað í dómsúrlausninni skuli telja fordæmi og þar af leiðandi réttar-

12 Lov om mekling og rettergang i sivile sager (tvisteloven) frá 2005.

13 Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*, bls. 83.

14 Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði* (Reykjavík: Orator, 1989), bls. 158.

15 Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, bls. 213.

16 Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, bls. 216.

heimild. Hefur einmitt verið bent á hversu mikilvægt er að gera þennan greinarmun, þ.e. á atvikum málsins og þeim réttarheimildum sem beitt var á þau. Aðeins sé þá afstaða dómsins til efnis réttarheimildarinnar sem hafi fordæmisgildi.¹⁷ Á þetta verður fallist hér.

Tína má til margvísleg rök sem mæla með því að fordæmum sé fylgt. Nokkur atriði hafa verið nefnd. Í fyrsta lagi það að samræmi skuli vera í dómsúrlausnum, jafnræði sé með fólki. Í öðru lagi að fordæmin greiði fyrir úrlausn réttarágreinings og í þriðja lagi að fordæmin létti heilabrotum og ábyrgð, eins og það var orðað. Þá er bent á hið sígilda þrætuefni hver eru mörk dómsvalds og löggjafarvalds. Dómstólar kunna að eiga auðveldar með að fella réttarþróun að breyttum þjóðfélagsaðstæðum en síðan horfist þeir í augu við tiltekin mörk sem þeir treysti sér ekki til að fara yfir og ætla löggjafanum að ráða fram úr. Sjónarmið hafa einnig verið reifuð gegn þessari trú á gildi fordæma. Dómstólar kunni að torvela réttarþróun með því að binda sig um of við fordæmi og einnig er bent á að óvissa kann að vera um fordæmið, hvernig á að skýra það.¹⁸

Sjónarmið til stuðnings því að fordæmi séu bindandi hefur einnig verið lýst þannig að með því haldist ákveðin festa í réttarframkvæmd sem stuðlar að samræmi. Af þessu leiðir einnig að dómsmál eru færri. Þá er einnig bent á að með því að víkja frá fordæmi er réttarreglum á vissan hátt beitt afturvirk.¹⁹ Allt eru þetta áþekk sjónarmið og lýst var fyrr.

Vísast kemur oftár í hlut dómstóla að ráða í óvissu laga en löggjafans að ráða í óvissu dómstóla. Hugmyndin um óbrigðulan Hæstarétt er sterk og væntingar til dómstóla eru miklar þegar á reynir. Geri dómáttarar atlögu að fordæmum og gildi þeirra almennt er aukið við réttaróvissu og vafamál kunna að vakna um uppruna ríkisvalds og kenninguna um þrískiptingu þess. Dómstólar hafa verið taldir íhaldsamar stofnanir í eðli sínu og margs konar skoðanir eru á því hvort þeir eiga að móta réttarreglur í meira mæli eða láta það löggjafanum eftir.

Leidd hafa verið rök að því að vægi fordæma hafi aukist og teljist mikilvægari réttarheimild en áður.²⁰ Löggjafarhlutverk dómstólanna hefur einnig vaxið til muna þótt umdeilt sé og til eru dómáttarar þar sem reglur hafa verið mótaðar af nokkurri nákvæmni – jafnvel tölulega. Má þar t.d. vísa til dóma Hæstaréttar þar sem því er slegið föstu að ef uppsaga dóms tefst um meira en átta vikur sé óhjákvæmilegt að vísa málinu heim þar sem munnlegur málflutningur fari fram að nýju. Sé þá komið út fyrir þann ramma sem 115. gr. laga nr. 91/1991 kveður á um, um hvernig með skuli fara ef

17 Jón Steinar Gunnlaugsson, „Fordæmisgildi hæstaréttardóma,“ *Tímarit lögfræðinga* 42 (1992), bls. 173-174. Sjá einnig umfjöllun í riti sama höfundar frá 2003.

18 Sjá grein Þórs Vilhjálmssonar þar sem hann reifar þessi sjónarmið í grein sinni „Fordæmi,“ *Tímarit lögfræðinga* 42 (1992), bls. 169-171.

19 Sigurður Línadal, *Um lög og lögfræði*, bls. 288-290.

20 Sigurður Línadal, *Inngangur að lögfræði II. Réttarheimildir: fordæmi*, bls. 30.

dómsuppsaga tefst fram yfir fjórar vikur.²¹ Eftir þessari reglu sem Hæstiréttur mótaði og kalla má átta vikna regluna hefur verið farið æ síðan.

Þeir sem ritað hafa um fordæmi hafa bent á að fyrir kemur að dómstólar lýsi reglu með mjög almennum hætti.²² Regla verður þannig til sem hluti af tilteknu réttarsviði, hvort sem lög gilda almennt um efnið eða ekki, og vísað er til fordæmisins. Dæmi um þetta er hrd. 2004, bls. 731 (323/2003), þar sem sagði:

Eins og greinir í héraðsdómi hefur áfrýjandi borið fyrir sig að brotinn hafi verið á honum andmælaréttur samkvæmt 13. gr. stjórnisýslulaga við málsmeðferð stefnda. Áfrýjandi hefur í engu borið brögður á að þessa réttar hans hafi verið gætt við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Samkvæmt þessu og með vísan til dóms Hæstaréttar 30. október 2003 í máli nr. 37/2003 geta atriði, sem varða andmælarétt áfrýjanda á lægra stjórnisýslustigi, ekki varðað ógildinguna úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar.

Í þessu tilviki er almenn regla leidd af fordæmi og hún orðuð beinlínis eins og laga- bókstafur. Þarna er eins og byggt sé traustar undir fordæmið og reglan nær festu. Annað dæmi um það hvernig Hæstiréttur setur fram tiltekin viðmið um skýringu á lögum er hrd. 17. janúar 2006 í málinu nr. 538/2005, þar sem sagði: „Í dómafor- dæmum Hæstaréttar kemur fram að ófrávíkjanlegt skilyrði þess að unnt sé að nýta sér réttarfarshagræði 1. mgr. 19. gr. laga nr. 91/1991 er að hver kröfuhafi geri sjálf- stæða aðgreinda kröfu og varðar það frávísun máls af sjálfsdáðum sé þetta ekki gert, sbr. dóma réttarins 6. september 2005 í máli nr. 294/2005 og 21. október sama ár í máli nr. 439/2005.“ Það fer vel á að grípa þessar forsendur á lofti, því það var einmitt þessi túlkun á nefndri 19. gr. sem dómendur voru ekki sammála um þegar vandamálið snerist um aðild íslenska ríkisins í dómi réttarins frá 18. júní 2008.

Það hlýtur að koma upp öðru hvoru að lögfræðingar telja ekki fullt samræmi í dómaframkvæmd og líta þá svo á að fyrir hendi sé réttaróvissa. Dæmi um það eru úrlausnir dómstóla um það hvaða kröfur réttarfarslög gera til þess að unnt sé að krefjast einungis viðurkenningar á bótaskyldu. Þetta er klassískt vandamál. Er þá til skoðunar hversu ríkar kröfur verði að gera til reifunar máls og ekki síður hvaða sönnunarfærsla um ætlað tjón sé óhjákvæmileg, þótt bótakrefjandi telji ekki kleift að setja fram endanlega fjárkröfu og fullnægjandi gögn henni til stuðnings. Eru þá til skoðunar ákvæði 2. mgr. 25. gr. og 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991. Eru dæmi þess að viðurkenningarmálum af þessum toga hafi verið vísað frá en sum hafa talist tæk til efnismeðferðar. Ekki skal fullyrt að dómaframkvæmdin sé misvísandi þar sem til- vikin eru breytileg og einnig hagsmunir bótakrefjanda um að haga máli sínu á þann veg að krefjast einungis viðurkenningardóms. Í dómi Hæstaréttar frá 6. febrúar 2009 í málinu nr. 2/2009 er vísað til dómaframkvæmdar um þetta og rétturinn dregur saman tiltekin sjónarmið um þá reglu sem mótuð hafi verið með þessum orðum:

Á grundvelli heimildar í 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 leita sóknaraðilar með þessum kröfum dóms um viðurkenningu á skaðabótaskyldu varnaraðila án þess að staðreynt hafi

21 Sjá hrd. 1995, bls. 304.

22 Sjá t.d. Sigurður Línal, *Um lög og lögfræði*, bls. 223 o.áfr.

verið hvert tjón þeirra kunni að geta talist. Samkvæmt dómaframkvæmd Hæstaréttar er mál um kröfu sem þessa tækt til efnisdóms ef afmarkað er nægilega hver þau atvik séu, sem geti leitt af sér kröfu um skaðabætur þeim til handa sem málið höfðar, og í hverju tjón hans geti verið fólgið, sbr. meðal annars dóm réttarins 17. nóvember 2005 í máli nr. 182/2005, sem birtur er í dómasafni þess árs á bls. 4506.

Hér eru rakin nýleg dæmi þess að fordæmi eru fest í sessi, Hæstiréttur dregur jafnvel saman hvað felst í dómaframkvæmd sem hugsanlega er vandskýrð á köflum. Þar kemur eflaust til sú viðleitni að auka samræmi í réttarframkvæmd og það er ein helsta röksemdin fyrir því að fylgja fordæmum.

Dæmi eru einnig um að Hæstiréttur hafi horfið frá fyrra fordæmi á einlægan og afgerandi hátt. Í dómi Hæstaréttar frá árinu 2001 sagði: „Fyrri niðurstöður dómstóla um að áhættutaka, eins og hér er um fjallað, leiði til niðurfellingar bóta, hafa sem fyrr segir ekki byggst á lögfestri reglu heldur mótast af almennum viðhorfum og kenningum í skaðabótarétti og leitt til dómvenju, sem hefur verið talin bindandi. Þegar litið er til þess, sem að framan er rakið, þykja ekki efni til þess lengur að halda henni við.“²³ Þá má líka nefna dóma sem fallið hafa nýlega um fyrningarákvæði 99. gr. umferðarlaga nr. 50/1987 þar sem deila má um hvort greinin sé skýrð á sama hátt í einstökum dómum.²⁴

Þrátt fyrir þetta er raunin sú að Hæstiréttur víkur alla jafna ekki frá fordæmum sínum þegar þau eiga við og að óbreyttum lögum. Hæstiréttur vísar sjálfur oft til dóma sinna þegar lýst er þeirri réttarreglu sem viðkomandi mál veltur á. Tæplega er um það deilt að lögfræðingar meta fordæmi Hæstaréttar sem veigamikla réttarheimild, bæði í rannsóknum sínum, álitsgerðum, ráðgjöf, margs konar ákvörðunum og málflutningi. Þessa trú á fordæmi sem réttarheimild endurspeglar Hæstiréttur sjálfur á ýmsan hátt. Um þetta má nefna fjölmörg dæmi, en tiltaka mætti nokkra dóma til að sýna hvaða orðalag kemur við sögu og hver efnistökin eru þegar rétturinn fjallar um fordæmi sín. Minnt skal á að hér er ekki um neina tæmandi útlistun að ræða heldur valdir dómar þar sem orðalagið er dæmigert. Og einnig verður að hafa í huga hin hefðbundnu sjónarmið um mat á fordæmisgildi, aldur dómsins, hvort fordæmin eru mörg á sömu lund, orðalag í dómi, fjölda dómara, á hvaða sviði sakarefnið er, hvort greitt var sératkvæði o.s.frv.²⁵

Taka má dæmi þar sem Hæstiréttur kveður fast að orði. Í dómi réttarins frá 2001 á bls. 4341 í dómasafni (197/2001) var til úrlausnar hvernig færi með rétt sjómanns til launa í uppsagnarfresti. Í dómi Hæstaréttar sagði:

Við flutning málsins fyrir Hæstarétti hefur áfrýjandi einkum vísað til dóms réttarins 29. mars 2001 í máli nr. 326/2000 til stuðnings því að hann eigi rétt á aflahlut í uppsagnarfresti og þurfi ekki að setta sig við að greiðsla kauptryggingar feli í sér fullnaðaruppgjör

23 Sjá hrd. 21. október 2001 í málinu nr. 129/2001.

24 Sjá um það nýlegan dóm Hæstaréttar frá 2. apríl 2009 í málinu nr. 418/2008, en þar er vísað til þriggja annarra dóma. Þeim til viðbótar má nefna hrd. 6. mars 2008 í málinu nr. 353/2007 og hrd. 13. nóvember 2008 í málinu nr. 77/2008.

25 Sigurður Líndal, *Inngangur að lögfræði II. Réttarheimildir: fordæmi*, bls. 58-64.

af hálfu stefnda. Ekkert er fram komið um að skipið hefði að óbreyttu ekki verið gert út á því tímabili, sem krafa áfrýjanda tekur til, og óumdeilt er að hann var ráðinn þar upp á aflahlut. Skipinu var lagt og það síðan selt, en af því leiddi að áfrýjandi fékk ekki lengur greiddan hlut af afla skipsins, enda ekki lengur um hann að ræða. Er fallist á með áfrýjanda að áðurnefndur dómur Hæstaréttar feli í sér fordæmi, sem hér beri að líta til, og leiðir til þeirrar niðurstöðu að áfrýjandi telst eiga rétt á aflahlut í uppsagnarfresti sínum.

Í hrd. 2002, bls. 4277 (319/2002) var einnig deilt um hver laun skyldi greiða sjómanni í uppsagnarfresti og varð að túlka ákvæði kjarasamnings þar að lútandi. Hæstiréttur sagði í forsendum sínum:

Framangreind ákvæði kjarasamningsins taka eingöngu til þess, þegar dráttur verður á því, að skipið fari í næstu veiðiferð en ekki til þess að útgerð skips til fiskveiða sé hætt. Í kjarasamningnum eru engin ákvæði um hvernig með launagreiðslur skuli fara, þegar þannig stendur á. Er fallist á með héraðsdómi, að dómur Hæstaréttar í máli nr. 326/2000 hafi fordæmisgildi í þessu máli.

Hér var vísað í sama fordæmið. Orðalagið má í báðum tilvikum túlka svo að við úrlausn málsins hafi verið óhjákvæmilegt að reisa niðurstöðu málsins á því fordæmi réttarins sem vísað var til.²⁶

Um skýringu á tilteknu lagaskilyrði þar sem vísað er til fordæmis má nefna hrd. 9. júní 2005 í málinu nr. 72/2005, þar sem sagði: „Að virtum dómi Hæstaréttar 20. nóvember 2003 í máli nr. 333/2003 verður að telja það skilyrði fyrir upptöku á jafnvirði ávinnings af broti að sýnt sé fram á að fjármunir til upptöku séu fyrir hendi. Verður því ekki hjá því komist að sýkna ákærðu af kröfum ákærvalds um upptöku.“ Nefna má að þetta er einn fárra dóma í seinni tíð þar sem Hæstiréttur notar orðið *fordæmi* sem lykilorð í dómasafni.

Þegar fordæmi eru ítrekuð kemur fyrir að Hæstiréttur nefni það sérstaklega til áréttingar. Í dómi frá 10. desember 2007 í málinu nr. 626/2007 kvað við þennan tón: „Samkvæmt áðurnefndri beiðni um fjárnám 3. apríl 2006 var höfuðstóll kröfunnar, sem leitað var fullnustu á, 17.923 danskar krónur. Skilyrði um áfrýjunarfjárhæð í 1. mgr. og 2. mgr. 152. gr. laga nr. 91/1991 verður beitt um kæru sem þessa, sbr. 4. mgr. 150. gr. laganna og 3. mgr. 95. gr. laga nr. 90/1989, svo sem ítrekað hefur verið í dómafrankvæmd Hæstaréttar eftir að dómur gekk, sem birtur er í dómasafni réttarins 1994, bls. 1101. Krafan, sem mál þetta varðar, nær ekki áfrýjunarfjárhæð samkvæmt fyrstnefnda lagaákvæðinu.“

Í raun má finna alls kyns orðalag í dómum þar sem fordæmum er beitt. Er stundum sagt að líta beri til fordæmis eins og dæmi var tekið um, dómur hafi fordæmisgildi, eða að vísað er í tiltekinn dóm „til hliðsjónar“, sbr. t.d. hrd. 20. desember 2007 í málinu 185/2007. Einnig sést orðalag þar sem sagt er að tiltekið ákvæði laga hafi verið skýrt á tiltekinn veg með hæstaréttardómi, einum eða fleirum (sjá t.d. hrd. 4. júní 2003 í málinu nr. 215/2003). Jafnvel lætur Hæstiréttur við það sitja að lýst er í stuttu máli réttarreglunni sem beitt er og síðan er vísað í dóminn með því að skamm-

26 Sjá einnig hrd. 29. nóvember 2001 í málunum nr. 198 og 214/2001.

stafa orðið samanber á undan. Dæmin eru mörg en til þess eins að hafa ekki sleppt því skal hér vísað til hrd. 9. febrúar 2009 í málinu nr. 47/2009. Þegar svo háttar til virkar orðalagið eins og að ekki sé um að villast að viðkomandi fordæmi eigi við. Og stundum er af nógu að taka og hnýtt er við orðið sbr. orðin *til dæmis* (sjá hrd. 11. október 2007 í málinu nr. 61/2007).

Stefnumarkandi dómur hafa einnig verið nefndir oft í málum sem risið hafa á tilteknu lagasviði, eins og oft hefur komið fram í málum er varða mörk þjóðlendu og eignarlanda. Í mörgum þeirra hefur t.d. dómur Hæstaréttar frá 21. október 2004 í málinu nr. 48/2004 (hrd. 2004, bls. 3796) ítrekað verið nefndur og lagaatriði sem þar reyndi á reifuð.

Þess eru dæmi að Hæstiréttur taki afstöðu til þess hvaða fordæmi er rétt að leggja til grundvallar af fleirum, sbr. hrd. 2003, bls. 4202 (217/2003):

Mál hafa áður verið borin undir dómstóla, þar sem ágreiningur reis milli kaupanda og seljanda fiskiskips um það hvorum veiðireynsla skipsins tilheyrði þegar takmarkanir voru settar á veiði á fisktegundum, sem áður mátti veiða án takmarkana, og ekki var kveðið á um það í samningi aðila. Þeir dómur Hæstaréttar, sem einkum koma til álita sem fordæmi í þessu sambandi, eru dómur 1996, bls. 126 í dómasafni réttarins það ár, dómur 1998, bls. 799 og dómur 21. júní 2001 í máli nr. 40/2001. Í fyrstnefnda dóminum var skorið úr ágreiningi um það hvorum samningsaðila veiðireynsla í skarkolaveiðum tilheyrði, en til viðmiðunar um rétt til aflamarks og aflahlutdeildar í þessum veiðum var tekið tímabil meðan seljandi átti skipið. Varð niðurstaða málsins sú að seljandi ætti þennan rétt og hafi kaupanda borið að efna kaupsamninginn með því að framselja viðsemjanda sínum aflahlutdeild í skarkola, þegar kaupandinn fékk henni úthlutað eftir eigendaskiptin á skipinu. Aðstaðan í því máli, sem hér er til úrlausnar, er í meginatriðum sambærileg þeirri, sem var í áður nefndu máli. Verður ekki komist hjá að fallast á með gagnáfrýjanda að líta beri til þessa dóms sem fordæmis við úrlausn um ágreining málsaðila nú. Verður samkvæmt því fallist á að gagnáfrýjandi hafi átt rétt á að fá í sinn hlut aflamark og aflahlutdeild, sem ágreiningur málsaðila snýst um. Aðaláfrýjandi kom í veg fyrir að gagnáfrýjandi gæti nýtt sér umrædd réttindi og er því skylt að svara gagnáfrýjanda skaðabótum vegna tjóns, sem hann varð fyrir af þeim sökum. Hinir dómarnir tveir, sem að framan var getið, breyta ekki þessari niðurstöðu, enda atvik þar ólík um mikilvæg atriði. Í málinu frá 1998 var deilt um veiðireynslu á steinbít, en gagnert var tekið fram í reglugerð um takmarkanir á heildarafla á þeirri fisktegund að hafi veiðileyfi verið flutt milli skipa fylgdi aflareynslan veiðileyfinu. Ekki var hins vegar kveðið á um þetta í reglugerð nr. 631/2001 varðandi takmörkun á heildarafla keilu, löngu og skötusels. Í málinu frá 2001 laut ágreiningurinn að veiðireynslu á úthafs skarfa og þorski utan íslensku efnahagslögsögunnar. Var tekið fram í dómi Hæstaréttar að um væri að ræða veiðar utan íslensku lögsögunnar, þær hafi verið öllum frjálsar og ekki lotið heildarstjórnun stjórnvalda fyrir en um þremur árum eftir sölu umrædds skips og að seljandinn hafi átt skip, sem engan veiðirétt átti í íslensku lögsögunni. Gætu eldri dómur því ekki haft fordæmisgildi í því máli.

Um álagningu skatta og gjalda hefur Hæstiréttur vísað í fyrri fordæmi og metið hvort álagning gjalds, þótt hún væri með öðrum hundradshluta og á öðrum tíma, stæðist eftir fyrri fordæmum. Bregða varð þá mælistiku þeirra á hið nýja sakarefni, sbr. hrd. 2000, bls. 2008 (501/1999):

Með dómi Hæstaréttar 19. desember 1996 í máli þrotabús S. Óskarssonar & Co. hf. gegn íslenska ríkinu, H.1996.4260, var komist að þeirri niðurstöðu, að álagning 190% og 120% jöfnunargjalds, sem ákveðið var í reglugerð nr. 223/1987, eins og henni var breytt með reglugerðum nr. 109/1988 og nr. 335/1989, hefði verið ólögmat.

Í máli þessu reynir ennfremur á álagningu 90% jöfnunargjalds á sömu vörur samkvæmt reglugerð nr. 468/1993, sem byggð var á fyrrgreindu ákvæði laga nr. 99/1993. Um hana var fjallað í tveimur dómum Hæstaréttar 16. mars 2000, annars vegar í máli nr. 329/1999, Ástríður Hauksdóttir o.fl. gegn íslenska ríkinu og gagnsök, og hins vegar í máli nr. 359/1999, Dreifing ehf. gegn íslenska ríkinu. Varð niðurstaðan þar einnig á þann veg, að sú álagning hefði verið ólögmat.

Með vísan til þessara dóma verður litið svo á, að sú álagning jöfnunargjalds á innflutning áfrýjanda og Garra ehf., sem endurgreiðslukröfur áfrýjanda lúta nú að, hafi verið ólögmat.

Hér er augljóst að leitast er við að tryggja samræmi í dómum. Þegar sakarefni og raunar lögskýring er háð mati sýnast dómstólar einnig fara þessa leið, eins og sést af hrd. 2000, bls. 3986 og 3995 (159 og 160/2000):

Á þeim tíma, er áfrýjandi greiddi hið umdeilda lyfjaeftirlitsgjald, voru lög nr. 14/1905 um fyrning skulda og annarra kröfuréttinda talin ná til endurkrafna ofgreiddra gjalda í opinbera sjóði, en nú gilda um þetta efni lög nr. 29/1995 um endurgreiðslu oftekinna skatta og gjalda, sem öðluðust gildi 1. janúar 1996. Fyrningarfrestur samkvæmt þessum síðargreindu lögum er fjögur ár, og er í greinargerð með lögunum miðað við, að hann sé óbreyttur frá því, sem áður gildi. Rétt er að miða fyrningartíma hér við fjögur ár samkvæmt 5. tl. 3. gr. fyrningarlaga, sbr. og dóm Hæstaréttar 10. desember 1998, H.1998.4180.

Eins og nefnt var eru dómstólar ekki líklegir til að víkja frá fordæmum. Þeir virðast alla jafna fremur telja sig bundna af þeim þrátt fyrir að fram komi ný lagarök eða a.m.k. einhver blæbrigðamunur á því hvaða réttarheimildir eru bornar fram til stuðnings í nýju máli um hliðstæð atvik. Í einum þeirra dóma sem vörðuðu ákvæði skaðabótalaga nr. 50/1993 gagnvart stjórnarskrá (hrd. 2004, bls. 323 (283/2003)) voru svofelldar forsendur:

Með dómi Hæstaréttar í máli nr. 127/2002 var skorið úr ágreiningi um uppgjör bóta fyrir missi framfæranda vegna banaslyss, sem varð eftir gildistöku laga nr. 37/1999. Verður ekki hjá því komist að fallast á með áfrýjanda að dómurinn sé skýrt fordæmi um að þær greiðslur úr almannatryggingum og 40% örorkulífeyris, sem áður hefur verið getið um, skuli koma til frádráttar við uppgjör bóta fyrir missi framfæranda. Verður samkvæmt því fallist á sýknukröfu áfrýjanda og fær tilvísun stefndu til 72. gr. og 65. gr. stjórnarskrárinnar ekki breytt þeirri niðurstöðu. Er þá litið til þess að með gildistöku skaðabótalaga var verulega breytt reglum um bætur fyrir missi framfæranda, svo sem ítarlega var skýrt í athugasemdum, sem fylgdu frumvarpi til laganna. Samkvæmt því voru ákvæði um dánarbætur í aðalatriðum staðlaðar og um leið einfaldaðar að mun í samanburði við eldri reglur. Þáttur í stöðlun bótanna var að þær skyldu ekki nema lægri fjárhæð en 3.000.000 krónum og jafnframt litið framhjá því hvort tjónþoli í einstökum tilvikum væri sjálfur fær um að afla vinnutekna, hvort hann gerði það í raun og hve háður hann hafi annars verið framfærslu af hálfu hins látna. Hefur áður verið hafnað í nokkrum dómum Hæstaréttar að með setningu skaðabótalaga hafi verið brotið í bága við vernd aflahæfis manna samkvæmt stjórnarskrá á þeim grundvelli að lögin tryggi ekki fullar bætur, sbr. til dæmis dóm réttarins í máli nr. 311/1997 í dómasafni 1998, bls. 1976.

Þetta horfir öðru vísi við ef bornar eru fram annars konar málsástæður. Með öðrum orðum má segja að fordæmisgildi dóms sé sterkt þegar um hliðstæð atvik er að ræða og að því marki sem byggt er á sömu málsástæðum. Þetta sjónarmið hefur komið skýrt fram í dómum, sbr. hrd. 2005, bls. 5217 (315/2005):

Svo sem getið er í héraðsdómi féll í Hæstarétti 17. desember 1998 dómur í máli nr. 166/1998: Gunnar Pétursson gegn íslenska ríkinu, sem birtur er á blaðsíðu 4406 í dómasafni það ár. Áfrýjandinn í því máli krafðist þess að felld yrði úr gildi álagning iðnlána-sjóðsgjalds og iðnaðarmálagjalds á árunum 1995 og 1996. Mátalíbúnaður áfrýjandans var reistur á málsástæðum, sem að verulegu leyti eru þær sömu og málsástæður áfrýjanda þessa máls. Er fallist á með stefnda að líta verði til þess dóms sem fordæmis í því máli, sem hér er til úrlausnar, að því marki sem leyst var úr málsástæðum í eldra málinu sem einnig er teft fram nú til stuðnings kröfu áfrýjanda.

Í dóminum frá 2004 sem nefndur var um ákvæði skaðabótalaga gagnvart stjórnarskrá sést að lögð var áhersla á að Hæstiréttur hefði fyrir skorið úr um hliðstætt sakarefni. Auðfundin eru dæmi um að Hæstiréttur sé líklegur til að halda fast við nýleg fordæmi sem lúta að túlkun stjórnarskrárákvæða. Þetta má t.d. sjá af hrd. 2000, bls. 3239 (178/2000), en þar sagði:

Í dómi Hæstaréttar 23. mars 2000 í málinu nr. 340/1999 var dæmt um kröfur sjóðfélaga stefnda, sem hóf töku örorkulífeyris á árinu 1995 eins og áfrýjandi. Krafðist hann örorkulífeyris úr hendi stefnda á grundvelli laga nr. 49/1974 með síðari breytingum. Hélt hann því fram að fyrrnefnd reglugerð sjóðsins frá 1994 hefði ekki verið gild heimild til skerðingar örorkulífeyris þess, sem hann hefði átt rétt á samkvæmt áðurgreindum lögum. Í niðurstöðu Hæstaréttar segir að heimild löggjafans til að skerða virk lífeyrisréttindi sé mun þrengri en þegar um sé að ræða réttindi, sem einungis séu væntanleg, þegar skerðingin öðlast gildi. Er þar og vísað til fjárhags stefnda, þegar hinar breyttu reglur voru settar, en greiðsluþrot hafi verið óumflýjanlegt að öllu óbreyttu. Var talið að skerðing allra óvirkra lífeyrisréttinda sjóðfélaga, svo sem hún birtist í fyrrgreindri reglugerð, hafi verið reist á almennum grundvelli og jafnræðis milli sjóðfélaga hafi nægjanlega verið gætt. Reglur þessar hafi verið samþykktar af samtökum sjómanna og vinnuveitenda þeirra. Var talið að sú skerðing lífeyrisréttinda, sem í reglunum fólst, hafi verið innan þeirra marka, sem 67. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944, nú 72. gr. hennar, setur því að unnt sé að skerða eignarréttindi manna án þess að bætur komi fyrir. Með lögum nr. 45/1999 hefðu verið settar nýjar reglur um lífeyrisrétt sjóðfélaga stefnda. Færi um lífeyrisrétt viðkomandi sjóðfélaga samkvæmt þeim eftir 1. júlí 1999, en engum haldbærum rökum hefði verið skotið undir þá kröfu að réttur hans frá þeim tíma skyldi ráðast af lögum nr. 49/1974. Var stefndi sýknaður af kröfum sjóðfélagans.

Kröfur áfrýjanda í þessu máli lúta að sömu efnisatriðum og um var deilt í framangreindu máli. Þegar litið er til þess fordæmis, sem felst í niðurstöðu Hæstaréttar í því, þykir verða að staðfesta hinn áfrýjaða dóm.

Við þessa stuttu könnun á því hvaða orð eða sjónarmið Hæstiréttur notar um gildi fordæma má hnýta við að til kasta Hæstaréttar kom eitt skiptið mál þar sem á meðal annars var deilt um hvernig ætti að skýra einn tiltekinn dóm. Lögum hafði verið breytt og lágu ljós fyrir, ákvæðum stjórnarskrár hafði verið beitt. Eftir stóð að fá dóm Hæstaréttar um það hvort lögin í þessu tilviki væru enn í uppnámi miðað við fyrri

dóm. Hér er vitaskuld átt við hrd. 2003, bls. 3411 (549/2002) sem kallað hefur verið öryrkjamálið hið síðara. Segja má að sakarefni þess máls hafi að stórum hluta snúist um að skýra dóm.

Réttarheimildin fordæmi er tíðum rannsökuð ítarlega. Eins og fyrr segir er sjónum þá beint að því hvaða gildi fordæmið hefur t.d. vegna aldurs þess, hvernig mál eru lögð fyrir réttinn, hve margir dæma og hvort ágreiningur hafi orðið með dómendum.²⁷ Þessi atriði hafa vitaskuld verið brotin til mergjar á skipulagðan hátt í nýlegum ritum og fjallað um hvernig Hæstiréttur metur fordæmi.²⁸ Tilgangurinn með samantektinni að framan var fremur sá að taka dæmi um hvort ráða mætti af orðalagi í forsendum dóma að Hæstiréttur telji fordæmi í reynd bindandi réttarheimild og skoðaðir eru nokkrir nýlegir dómur. Niðurstaðan af þessari könnun með dæmum kemur ekki á óvart. Hæstiréttur virðist líta á fordæmi sem mjög þýðingarmikla heimild og að oftast nær sé óhjákvæmilegt að leggja hana til grundvallar, ef atvik eru hliðstæð, málið lagt fyrir með sama hætti og heimildir æðri fordæminu hafi ekki tekið breytingum. Þetta kemur vitaskuld einnig fram þegar sérstaklega er tekið fram að tiltekið fordæmi eigi ekki við, eins og dæmi eru um. Hvort heldur leit að dómum er handahófskennd eða kerfisbundin kemur í ljós sterk viðleitni æðsta dómstólsins að fylgja fordæmum. Mest gildi hafa þannig nýleg fordæmi og ólíklegt er að dómstólar hörfi frá þeim.²⁹ Þá sjást dæmi um að Hæstiréttur leitast einnig við að skýra nánar dómaframkvæmd sína, dregur saman hvers efnis fordæmisreglan er.

4. Dómari í hæstaréttarmáli skilar sératkvæði

Þessum fræðum til mikillar örvunar eru sjónarmið um gildi fordæma þegar Hæstiréttur klofnar sem kallað er, einn eða fleiri dómendur skila sératkvæði, enda gera lögin ráð fyrir þeim möguleika, sbr. 165. gr. laga nr. 91/1991. Við könnun á gildi fordæma með tilliti til sératkvæða þarf þó að rýna vel í hvers eðlis það er og hvernig dómurinn klofnaði.³⁰

Oftar en ekki er aðeins einn dómari í minnihluta og skilar sératkvæði. Með því verður framlag dómans af eðlilegum ástæðum persónulegra því það er við hann kennt með nafni. Hann er ekki lengur hópsál. Efnistökin og framsetningin getur því vikið frá íslensku hefðinni en samkvæmt henni er ekki kostur á að hengja forsendur og orðalag þeirra á einn frekar en annan í fjölskipuðum dómi. Sama er um hin fjölskipuðu stjórnvöld. Dómari, sem skilar atkvæði í minnihluta og er þar ósammála niðurstöðu meirihlutans um það úrlausnatriði sem hefur grundvallarþýðingu, er

27 Sjá Sigurður Línal, *Um lög og lögfræði*, bls. 280-286.

28 Sjá Sigurður Línal, *Um lög og lögfræði*, bls. 221-231 og bls. 246-273 þar sem höfundur rekur dæmi um hvernig Hæstiréttur beitir fordæmum, hvernig almennar reglur eru leiddar af dómum, hvernig dómur verða fyrirmyndir annarra dóma, hvenær fordæmum hefur verið hafnað eða þegar vikið er frá þeim. Sjá einnig í riti Jóns Steinars Gunnlaugssonar, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*, einkum umfjöllun í 4. og 6. kafla bókarinnar.

29 Þetta er niðurstaða Sigurðar Línal í könnun hans í ritinu *Um lög og lögfræði*, sjá bls. 283.

30 Sigurður Línal, *Inngangur að lögfræði II. Réttarheimildir: fordæmi*, bls. 63.

við samningu þess og framlag meðvitaður um að hann leggur ekki það til málanna sem binda mun aðila í einkamáli. Sá sem er á öndverðum meiði við meirihlutann um refsinaema háttsemi og viðurlög hvorki sakfellir né dæmir refsingu – og hann sýknar ekki ákærða heldur. Niðurstaða meirihlutans stendur.

Eins og fyrr var vikið að má spyrja hvort dómari í hæstaréttarmáli, sem skilar sératkvæði, hljóti ekki að hallast á sveif með meirihlutunum og fylgja fordæmi þegar síðar er dæmt og fordæmið er talið eiga við. Um þetta er meðal annars fjallað í grein Jóns Steinars Gunnlaugssonar frá árinu 1992 og áður nefndu riti hans frá 2003. Nefnir hann nokkra dóma um efnið. Þar koma fyrst við sögu hrd. 1987, bls. 362 og hrd. 1987, bls. 373, sem kveðnir voru upp sama dag. Í hinum síðarnefnda voru tveir dómendur sem létu þess getið að þeir teldu sig bundna af fyrri úrlausninni um tiltekið atriði, þar sem þeir voru í minnihluta. Annar lét þessa getið í forsendum meirihluta þar sem hann skipaði sér, en hinn í sératkvæði þar sem það tók til annarra atriða.³¹ Í marsmánuði 1991 voru kveðnir upp af Hæstarétti allmargir dómar í hliðstæðum málum þar sem til úrlausnar var sakarefni um lögmæti gatnagerðargjalda. Í hrd. 1991, bls. 615 var G gert að greiða umkrafín gatnagerðargjöld, en var sýknaður af kröfunum í héraði. Tveir dómamarar Hæstaréttar skiluðu sératkvæði. Annar vildi staðfesta hinn áfrýjaða dóm. Hinn var sammála niðurstöðu meirihlutans, en með öðrum rökstuðningi þó. Þennan dag voru kveðnir upp dómar í 14 öðrum hliðstæðum málum. Vísað var til hins fyrstnefnda um forsendur en sératkvæði dómara tveggja voru eðlisólík. Sá sem vildi staðfesta héraðsdóminn skilaði sératkvæði sama efnis. Hinn ítrekaði sératkvæði sitt einnig. Í þessu tilviki voru forsendur meirihluta Hæstaréttar settar fram í fyrsta málinu og svo vísaði sami meirihlutinn til þeirra í þeim sem á eftir komu. Ástæða þess að dómaramarir tveir ítrekuðu sératkvæði sín kann að vera sú að dómarnir allir voru kveðnir upp sama dag. Það breytir því þó ekki að hugsanlega hefði verið eðlilegt að þeir fylgdu meirihlutunum í þeim málum sem á eftir komu. Tilvik sem þessi eru ekki óþekkt. Nefna má dóma er gengu í Hæstarétti 11. mars 1999 en þar var úrlausnarefnið hvort greiða ætti fyrrum starfsmönnum Áburðarverksmiðju ríkisins biðlaun. Sömu dómamarar greiddu sératkvæði sama efnis í fleiru en einu máli um hliðstæð sakarefni.

4.1. Sératkvæði hefur áhrif á löggjafann

Fordæmi hafa orðið til þess að löggjafinn breytti settum lögum. En sératkvæði í dómum hafa einnig haft þau áhrif. Um hið fyrrnefnda eru allmörg dæmi, fordæmi leiða til lagabreytinga og þar má nefna réttarfarsbyltinguna á níunda og tíunda áratug síðustu aldar stig af stigi. Einnig má tína til lög nr. 1/1999 um breytingu á lögum um stjórn fiskveiða, sem leiða beinlínis af hrd. 1998, bls. 4076 (veiðileyfamál).³² Sama

31 Jón Steinar Gunnlaugsson, *Fordæmisgildi hæstaréttardóma*, bls. 172-173; sami höfundur, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*, bls. 27 o.áfr.

32 *Alþingistíðindi*, 1998-1999 A, þskj. nr. 443, sjá almennar athugasemdir í frumvarpi til breytinga á lögum um stjórn fiskveiða.

er að segja um breytingu á lögum um almannatryggingar sem beina afleiðingu af hrd. 2000, bls. 4480 (öryrkjamál fyrra).

Sératkvæði með dómi Hæstaréttar hefur haft áhrif á löggjafann með skýrum hætti. Eitt sinn reyndi á hvort ríkið bæri bótaábyrgð ef ekki hefði verið staðið réttilega að lögskráningu sjómanns með þeim afleiðingum að lögboðin líf- og slysa-trygging reyndist ekki vera fyrir hendi. Féll dómur í Hæstarétti í nóvember 1978 (hrd. 1978, bls. 1186) þar sem niðurstaðan varð sú að bótaábyrgðin væri útgerðarmanns, en ekki ríkissjóðs. Lögunum sem þá giltu um lögskráningu sjómanna nr. 63/1961 var breytt og varaábyrgð ríkissjóðs gerð virk.³³ Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi að breytingalögunum var vísað til niðurstöðu dóms Hæstaréttar og að beðið hefði verið eftir henni. Sérstaklega var þó getið um afstöðu minnihlutaatkvæða tveggja hæstaréttardómara og forsendur þeirra teknar sérstaklega upp í athugasemdum með frumvarpinu.³⁴ Óhætt er því að segja að sératkvæðið hafði mikil áhrif á þá lagabreytingu sem gerð var. Hvort einhuga niðurstaða Hæstaréttar um að hafna bótaskyldu ríkissjóðs við þessar aðstæður hefði haft sömu áhrif skal ósagt látið en röksemdir minnihlutans urðu ríkur og afgerandi þáttur við lagasetningu. Forsendur í sératkvæði urðu beinlínis að lögskýringargagni. Láti löggjafinn til sín taka að setja sérstakar reglur um hvernig beri að haga aðild ríkisins til varnar vegna stjórnvaldsákvæðana, verður fróðlegt að sjá hvaða sjónarmið úr dóminum frá 18. júní 2008 verða ofan á. Rétt er að líta á nýleg tilvik þar sem greidd hafa verið sératkvæði og tekist var á um dómvenju eða fordæmi.

4.2. Ágreiningur um fordæmi í sératkvæði dómara

Til eru dæmi um að hæstaréttardómari skili sératkvæði í máli þar sem hann lýsir sig í raun ósammála því fordæmi sem hann telur sér þó skylt að fylgja. Fyrr er getið dóma þar sem tekist hefur verið á um mörk eignarlanda og þjóðlendna. Hæstiréttur hafði lagt grunninn að ýmsum grundvallarviðhorfum um sönnun eignarréttar, sönnunarbyrði og gildi margs konar gerninga eða heimilda um landsvæði. Ekki síður lagði Hæstiréttur grunn að því hvernig túlka bæri ákvæði laga nr. 58/1998 um þjóðlendum og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta, sérstaklega um það hvort lögin horfðu til breytinga á reglum um sönnun eignarréttar. Gengu fyrstu dómur Hæstaréttar í svonefndum þjóðlendumálum í októbermánuði 2004 og allmargir árin á eftir, allt þar til sératkvæði eins dómara birtist þann 4. október 2007 í málinu nr. 27/2007. Þar sagði meðal annars:

Fyrsti úrskurður óbyggðanefndar féll 21. mars 2002. Síðan hafa allmargir úrskurðir hennar gengið og dómsmál risið um gildi þeirra. Mál þetta var endurupptekið hjá óbyggðanefnd 8. nóvember 2004 og fengu þá lögmenn aðila að tjá sig um fyrstu dóma Hæstaréttar í þjóðlendumálum. Í fyrstu tveimur málum Hæstaréttar af þessu tagi sátu sjö dómamarar, en í 1. mgr. 7. gr. dómstólalaga nr. 15/1998 er heimild til að hafa þann háttinn á

33 Lög nr. 24/1980 um breyting á lögum nr. 63/1961 um lögskráningu sjómanna.

34 *Alþingistíðindi*, 1979-1980 A, þskj. nr. 169, bls. 809-810.

Þegar um sérlega mikilvæg mál er að ræða, sjá dóma Hæstaréttar í málunum nr. 47/2004 og nr. 48/2004, sem kveðnir voru upp 21. október 2004. Í þessum dómum og síðari dómum réttarins, þar sem fimm dómarmar hafa jafnan skipað dóm, hafa verið lagðar meginlínur við skýringu á helstu atriðum laganna, og einnig meðal annars um þýðingu einstakra tegunda skjala, staðháttá og nýtingar á landi. Þá hafa verið skýrð ýmis eignarréttarhugtök og markaðar sönnunarreglur, en þessi atriði eru til meðferðar í því máli sem nú er til endurskoðunar. Óbyggðanefnd á enn eftir að taka til meðferðar stór svæði Íslands. Hún hefur á grundvelli dóma Hæstaréttar gefið út „almennar niðurstöður“ sínar sem hún lítur til við úrlausn einstakra mála. Þá hafa héraðsdómarmar vísað til efnisúrlausna Hæstaréttar við rökstuðning fyrir niðurstöðum sínum, líkt og héraðsdómari gerir í því máli sem hér er til úrlausnar. Auk þess hefur rétturinn sjálfur oft vísað til fordæma sinna um einstök atriði, sbr. til dæmis að taka mál nr. 498/2005 og stundum einnig vísað til samræmissjónarmiða þannig að eignastaða tiltekins landsvæðis miðast við eignastöðu aðliggjandi svæðis, sbr. til dæmis mál nr. 48/2004.

Ég tel að í fyrrnefndum dómum Hæstaréttar hafi rétturinn á ýmsan hátt gert strangari kröfur til sönnunarfærslu um eignarréttindi að fasteignum en rétt hefði verið að gera og finna má einnig eldri fordæmi fyrir að áður hafi verið gert. Fordæmi Hæstaréttar er ekki bindandi réttarheimild þótt lítið verði til fordæmis við úrlausn máls. Gildi fordæmis felst fyrst og fremst í því að í fordæminu kemur fram hvernig komist var að niðurstöðu í sambærilegu tilviki á grundvelli skráðra eða óskráðra réttarheimilda. Hins vegar verður ekki hjá því komist að líta til þess að fordæmi Hæstaréttar í þessum málaflokki hafa verið ítrekuð það oft í síðari dómum að telja má að dómvenja hafi skapast. Þá felast í jafnræðisreglu 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar kröfur um samræmingu í lagaframkvæmd, en tilgangur laga nr. 58/1998 er eins og áður segir einmitt samræming á eignarréttarlegri stöðu einstakra svæða landsins. Að þessu virtu tel ég að ekki verði hjá því komist að líta til dóma Hæstaréttar um þau meginatriði sem leggja ber til grundvallar þegar ákveðin eru mörk þjóðlendu og koma við sögu í þessu máli. Af þessum sökum er ég samþykkur niðurstöðu meirihluta dómenda um sýknu stefnda, íslenska ríkisins á kröfum áfrýjenda Guðjóns Stefáns Guðbergssonar og Sigríðar Hjartardóttur.

Bent hefur verið á að þegar dómari kýs að fylgja fordæmi, geri hann það vegna þess að hann telur sig bundinn af þeirri reglu sem dómstóllinn hefur mótað og felst í fordæminu. Breytir þá ekki öllu þótt hann sé í reynd annarrar skoðunar.³⁵ Sératkvæði geta verið margbrotin en einfaldast er að skipta þeim í tvennt. Annars vegar er viðkomandi dómari eða dómarmar ósammála meirihlutanum eða að hann eða þeir eru sammála meirihlutanum en með öðrum rökstuðningi. Hvort tveggja getur átt við um úrlausnina í heild sinni eða að hluta. Sératkvæðið hér að framan hrindir í raun þessari tilraun til að skipta sératkvæðum í tvennt með svo einföldum hætti sem reynt var. Dómarmarinn er í raun sammála meirihlutanum og þegar upp er staðið einnig á sömu forsendum. Hann segir fordæmi ekki bindandi réttarheimild en það skuli vera til hliðsjónar. Sératkvæðið er greitt með trega en huggunar leitað í jafnræðisreglu 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar. Spyrja má hvaða tilgangi þessi skoðun í sératkvæðinu þjónaði fyrir sakarefni málsins? Var hugljómunin e.t.v. sú að kenningin um fordæmisgildi dóma ætti sér sömu rætur og jafnræðisreglur? Dómarmarinn hefði einfaldlega getað dæmt með meirihlutanum við svo búið eða gert einfalda athugasemd.

35 Sigurður Línal, *Inngangur að lögfræði II. Réttarheimildir: fordæmi*, bls. 219.

Athugasemdir einstakra dómara í forsendum eru þekktar án þess að um eiginlegt sératkvæði sé að ræða.

Nefna má annað sératkvæði í hæstaréttarmáli þar sem tveir dómendur fjölluðu um fordæmi á þann hátt að athygli hlýtur að vekja. Vonandi er ekki slitið úr samhengi þótt aðeins sé tekin upp eftirfarandi tilvitnun í það (sjá hrd. 10. desember 2007 í málinu nr. 634/2007):

Hvorugur þessara dóma hefur að okkar mati fordæmisgildi um þá lögskýringu sem hér er til meðferðar, þar sem í forsendum þeirra er ekkert að henni vikið, enda hafði þetta álitafni ekki verið nefnt af hálfu þeirra manna sem borið höfðu framsalsúrskurði dómsmálaráðherra undir dóm í þeim tilvikum. Teljum við að ekki komi til greina að hæstaréttardómur teljist hafa fordæmisgildi um atriði sem ekki eru borin upp við meðferð máls og koma af þeirri ástæðu ekki til sérstakrar umfjöllunar í dómi. Gildir þetta jafnvel þó að um kunnni að vera að ræða atriði sem dómstólnum ber að gæta af sjálfsdáðum en hefur láðst að gera.

Niðurlagið í þessari tilvitnun er allrar athygli verð. Þarna telja tveir dómara að tiltekin fordæmi hafi ekki gildi þar sem úrlausnarefnið er frábrugðið, en virðast þó gefa ótvírætt í skyn að ekkert komi í veg fyrir að Hæstiréttur eigi að hafa fullt frelsi til að endurskoða eigin fordæmi. Eins og bent var á hafa fallið dómur þar sem fyrri niðurstöðum er gagnert snúið við að óbreyttum settum lögum. Það hefur hins vegar oftari komið til undir ýmsum áhrifum, breyttum áherslum við skýringu stjórnarskrár, fulltingi þjóðréttarlegra skuldbindinga og dómaframkvæmdar alþjóðadómstóla svo sem Mannréttindadómstóls Evrópu og áður Mannréttindanefndar. Þeir dómur sem hér eru hafðir í huga eru hrd. 1990, bls. 2, hrd. 1995, bls. 1444 og hrd. 2001, bls. 3451 (129/2001).

4.3. Dómari í minnihluta situr fast við sinn keip

Fyrir eru nefnd dæmi þess og viðhorf um að dómari í minnihluta telji sig síðar bundinn af fordæmi því sem meirihluti stóð að. En það er ekki alltaf svo eins og dæmin sanna. Í dómi Hæstaréttar frá 23. október 2008 í málinu nr. 491/2007 var til endurskoðunar sakfelling héraðsdóms fyrir brot á áfengislögum. Byggði sakfellingin á því að ákærði hefði sem ritstjóri blaðs bakað sér refsíabyrgð samkvæmt 20. gr., sbr. 27. gr. áfengislaga nr. 75/1998 með því að áfengisauglýsingar voru birtar í blaðinu. Var refsíabyrgðin lögð á ákærða sem ritstjóra á grundvelli 15. gr. laga nr. 57/1956 um prentarétt. Málið dæmdu fimm dómendur. Hæstiréttur tók afstöðu til þeirra varna ákærða að refsíakvæði áfengislaga brytu í bága við 73. gr. stjórnarskrár um tjáningarfrelsi, sbr. 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Einnig þurfti að leysa úr þeirri viðbáru ákærða að jafnræðisregla stjórnarskrár gæti ekki umborið þá skipan laga að áfengisauglýsingar fengju að birtast almenningi óáreittar í erlendum tímaritum í skjóli undantekningarákvæða 20. gr. áfengislaga. Hæstiréttur tók afstöðu til þessara varna með ítarlegum rökstuðningi þar sem meðal annars var getið fordæma réttarins. Var nefndur dómur Hæstaréttar frá 1999 þar sem ákvæði áfengislaga voru metin gagn-

vart tjáningarfrelsisákvæðum æðri laga.³⁶ Þá var vísað til hæstaréttardóms frá 14. júní 2007 (599/2006) hvað snerti skuldbindingar íslenska ríkisins vegna EES-samningsins. Um jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar og vörnum á henni byggðum vísaði meirihluti Hæstaréttar til hrd. 2006, bls. 1689 (220/2005) þar sem skorið var úr um það hvort bann við auglýsingum á tóbaki samkvæmt 7. gr. laga nr. 6/2002 um tóbaksvarnir væri andstætt almennri jafnræðisreglu vegna fráviks frá auglýsingabanni, samkvæmt 1. mgr. 7. gr. laganna um tóbaksauglýsingar í erlendum ritum. Taldi Hæstiréttur þá undantekningu hliðstæða þeirri sem væri í 1. tölulið 4. mgr. 20. gr. áfengislaga. Efnislega taldi meirihlutinn að vörn ákærða um að jafnræði yrði raskað með frávikum frá banni við áfengisauglýsingum væri efnislega hin sama og þegar hefði verið skorið úr um varðandi frávik frá banni við tóbaksauglýsingum. Málsvörn ákærða, sem á þessu var reist, var hafnað. Þá nefndi meirihlutinn einnig að þótt aðrir hefðu komist upp með háttsemi, sem fæli í sér brot gegn banni við auglýsingum á áfengi, gæti það ekki leitt til þess nú frekar en endranær að lögbrot annarra geri sambærilega háttsemi þess sem sætir ákæru refsilausa af þeim sökum. Dómur Hæstaréttar í þessu máli var skipulega studdur nýlegum fordæmum og forsendur meirihlutans hafa öll einkenni þess að vera einnig stefnumarkandi fordæmi.

Einn dómenda var niðurstöðunni hins vegar ósammála og taldi að ástæður lægju til þess að ekki skyldi gera ákærða refsingu fyrir þá háttsemi sem honum væri gefin að sök. Þar er á sannfærandi hátt varpað fram ýmsum staðreyndum sem gögn málsins endurspegluðu um það hversu áfengisauglýsingar- og kynningar voru allt um kring, ýmist óáreiðar af ákæruvaldinu eða í skjóli þeirrar lögboðnu undantekningar að hin almenna bannregla skyldi ekki útiloka landið frá dreifingu erlendra tímarita. Um þetta sagði dómari meðal annars:

Í hæstaréttarmáli nr. 648/2006, sem dæmt var 14. júní 2006, var fjallað um ætlað brot gegn auglýsingabanni 20. gr. áfengislaga. Hinn ákærði hafði þar meðal annars varist á þeirri forsendu að með nefndum ákvæðum 20. gr. væri brotið væri [sic] gegn jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar. Hæstiréttur sýknaði ákærða af öðrum ástæðum. Í forsendum Hæstaréttar sagði allt að einu svo: „Með skírskotun til forsendna héraðsdóms er fram komið að birting auglýsingar þeirrar sem um getur í ákæru var andstæð 20. gr. áfengislaga.“ Í forsendum héraðsdómsins hafði verið komist svo að orði um það atriði sem hér er til umræðu: „Þá liggur fyrir það mat löggjafans að næsta vonlaust væri að banna allan innflutning á erlendum blöðum og tímaritum þar sem áfengisauglýsingar væru birtar eða láta fjarlægja auglýsingar úr innfluttum tímaritum. Er staða ákærða og erlendra aðila ekki sambærileg um þetta, en það er skilyrði fyrir beitingu ákvæðis 65. gr. stjórnarskrárinnar að hún taki til einstaklinga eða lögaðila í sömu stöðu.“ Í þessum forsendum er að mínum dómi rökville. Ef svo stendur á að löggjafinn getur ekki komið fram viljaafstöðu sinni um tiltekið málefni með setningu laga, án þess að brjóta gegn rétti borgara til jafnræðis sem nýtur sérstakrar verndar í stjórnarskrá, tel ég afleiðinguna vera þá að alls ekki sé unnt að koma viljaafstöðunni fram með lagasetningu. Ekki er með nokkru móti unnt að nota röksemdina um erfiðleika á að láta borgara njóta jafnræðis til þess að réttlæta misrétti. Ef löggjafinn telur ekki unnt að tryggja borgurum jafnræði við lögfestingu á undanþágu frá tjáningarfrelsi hlýtur afleiðingin einfaldlega að verða sú að undanþága telst óheimil.

36 Sjá hrd. 1999, bls. 781 (415/1998).

Þá tók dómariinn einnig afstöðu til þess hvort hrd. 2006, bls. 1689 (220/2005) gerði út um þá vörn að ójafnræði fælist í því að heimila áfengisauglýsingar í erlendum tímaritum. Taldi dómariinn að ekki yrði séð að í forsendum þess dóms hafi verið fjallað sérstaklega um sjónarmið sem að þessu lytu þó að hitt væri rétt að málsástæðunni hafi verið hafnað. Taldi dómariinn að þegar af þeirri ástæðu hefði dómurinn ekki fordæmisgildi fyrir það mál sem til úrlausnar væri. Þessa vörn tók dómariinn því til sérstakrar skoðunar með þessum orðum:

Að öðru leyti tekur meirihlutinn undir tilgreindan málflutning af hálfu ákærvalds þegar þessari málsvörn ákærða er hafnað. Sá málflutningur lýtur einkum að því, að frávikíð verði að teljast eðlilegt og það raski ekki meginmarkmiði bannsins, eins og komist er að orði. Þá megi ætla að rit á erlendum tungumálum eigi ekki jafn greiða leið að börnum og ungmennum eins og efni á íslensku. Ég tel þetta ekki geta réttlætt þá mismunun sem hér um ræðir. Börn og ungmenni eiga aðgang að erlendum blöðum og tímaritum rétt eins og þeir sem eldri eru. Auk þess eru áfengisauglýsingar birtar í öðrum fjölmiðlum svo sem sjónvarpi, sem telja má að séu mun áhrifameiri gagnvart börnum en erlend blöð. Þar eru slíkar auglýsingar meðal annars birtar í tengslum við dagskrárefni sem börn og unglingar fylgjast mikið með svo sem íþróttafni.

Dómariinn taldi því að í texta 20. gr. áfengislaga fælist brot gegn jafnræðisreglu, sem nyti verndar samkvæmt 73. gr. og 65. gr. stjórnarskrár og að ákvæðið gæti því ekki talist refsheimild að því er varðar þá háttsemi sem ákærða var gefin að sök. Í atkvæði hans var einnig tekin afstaða til þeirrar málsvarnar hversu ótt og títt aðrir hefðu komist upp með þá háttsemi sem honum skyldi refsað vegna. Sá hluti sér-atkvæðisins er athyglisverður:

Fallast má á að það geti að öllum jafnaði ekki verið málsvörn í refsímáli að aðrir hafi brotið af sér og komist upp með það. Í þessu máli eru aðstæður hins vegar afar sérstakar. Með gögnum þeim sem ákærði hefur lagt fram hefur hann sýnt fram á að aðrir en hann hafa í stórum stíl komist upp með sambærileg ætluð brot og hann er saksóttur fyrir án þess að lögregla eða ákærvald hafi brugðist við. Ákærði vísar í þessu efni meðal annars til auglýsinga Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins, sem lýst var í II kafla að framan, og enginn vafi er á að brjóta gegn texta 20. gr. áfengislaga. Í öllum þeim tilvikum sem ákærði nefnir er málum svo háttað, að ætluð brot liggja fyrir í útgefnum blöðum og tímaritum. Það eiga því af þeim sökum varla að vera vandkvæði á að upplýsa þau svo draga megi þá sem að standa til ábyrgðar, rétt eins og ákærða. Verður ekki betur séð en bann áfengislaga við birtingu áfengisauglýsinga sé svo gott sem marklaust þar sem svo margir brjóta gegn því, að því er virðist daglega, án þess að brugðist sé við af hálfu þeirra sem halda eiga uppi refsivörslu í landinu. Meðal þeirra sem brjóta gegn banninu er eins og fyrr var greint sjálft íslenska ríkið við rekstur einkasölu á áfengi í ÁTVR.

Við mat á því hvort menn njóti jafnræðis gagnvart öðrum verður að mínu mati ekki með öllu litið fram hjá því hvernig refsivörslu á viðkomandi sviði er háttað. Lögin geta ekki lifað í tómarúmi. Ef framkvæmd þeirra er með þeim hætti að mönnum er mismunað í reynd á jafn grófan hátt og hér um ræðir er í raun og veru verið að refsa einum fyrir það sem yfirleitt er látið átölulaust hjá öðrum. Þegar svo rammt kveður að þessu sem raunin er í því máli sem hér er til úrlausnar tel ég að refsingu verði ekki við komið. Þessi ástæða ætti að mínu áliti að minnsta kosti að leiða til þess að ákærða yrði ekki gerð refsing fyrir þá háttsemi sem honum er gefin að sök.

Hæstiréttur kvað mjög stuttu síðar upp annan dóm þar sem leyst var úr ákæruatriðum sem reist voru á því að brotið hefði verið gegn 20. gr. áfengisлага. Ákærðu voru ritsstjórar tveir. Dómur Hæstaréttar féll 6. nóvember 2008 í málinu nr. 143/2008. Málið dæmdu þrír hæstaréttardómarar, þ.á m. sami dómari og greitt hafði sér- atkvæðið sem rýnt var í. Til úrlausnar voru mannréttindaákvæði stjórnarskrár og í dómi Hæstaréttar sagði:

Hæstiréttur hefur komist að þeirri niðurstöðu að bann við áfengisauklýsingum brjóti hvorki gegn 73. gr. stjórnarskrárinnar né skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, sem hefur lagagildi með lögum nr. 2/1993. Um þetta vísast til dóma réttarins í máli nr. 415/1998 á bls. 718 í dómasafni réttarins 1999, dóms í máli nr. 599/2006, sem kveðinn var upp 14. júní 2007, og dóms í máli nr. 491/2007, sem kveðinn var upp 23. október 2008.

Í málinu var einnig tekist á um skýrleika refsheimilda með hliðsjón af ákvæðum laga um prentrétt, sem ástæðulaust er að reifa sérstaklega, en einn dómenda galt sér- atkvæði. Hann reifaði sératkvæði sitt í málinu frá 23. október sem fyrr er getið og taldi að í málinu ættu við öll sömu sjónarmið og grein var gerð fyrir þar. Nefndi hann sérstaklega að fyrir lægi að meirihluti Hæstaréttar í því máli hefði verið annarrar skoðunar um gildi refsheimildarinnar, tilvitnuð lagaákvæði hefðu þar verið talin standast ákvæði stjórnarskrár og þeim beitt sem heimild til ákvörðunar refsingar í málinu. Dómari tók til sérstakrar skoðunar hvort sú niðurstaða væri bindandi fyrir Hæstarétt, og eftir atvikum einstaka dómara við réttinn í síðari máli þar sem reyndi á hliðstætt sakarefni og þá á grundvelli fordæmisreglu sem felist í dóminum. Um þetta sagði dómari:

Það er skoðun mín að fordæmi sé ekki sjálfstæð réttarheimild, sem dómstólum sé skylt að beita án tillits til þeirrar réttarheimildar sem leiddi til niðurstöðunnar. Ég tel að fordæmi sé frekar afleidd heimild sem sé aðeins jafn bindandi og sú réttarheimild sem fordæmið byggist á. Dómstólar hafa ekki að réttum stjórnalögum vald til að setja lagareglur. Þeirra hlutverk er að finna þær réttarheimildir sem í gildi voru á þeim tíma sem málsatvik urðu og leiða af þeim reglur sem beitt er við dómsúrlausn, sbr. 61. gr. stjórnarskrárinnar. Á það jafnt við um sett lög sem aðrar réttarheimildir. Þó að Hæstiréttur komist þannig að ákveðinni niðurstöðu um beitingu réttarheimildar í tilteknu máli hefur það að mínum dómi ekki þá þýðingu að til hafi orðið ný lagaregla sem upp frá því sé skylt að beita í sambærilegum málum á sama hátt og skylt er að beita lögum sem stafa frá löggjafanum. Þrátt fyrir þetta kann að vera nauðsynlegt vegna sjónarmiða um jafnræði manna og samræmi í dómsúrlausnum að taka mið af fyrri úrlausnum Hæstaréttar þegar leyst er úr máli. Verður dómari að veita þessi sjónarmið saman þegar á reynir.

Í þessu máli er um að ræða sakarefni sem varðar að mínum dómi brot gegn stjórnarskrárvörðu tjáningarfrelsi og jafnræði borgara, sbr. 65. og 73. gr. stjórnarskrár. Tel ég brot bæði felast beinlínis í ákvæðum settra laga og einnig í framkvæmd laga svo sem lýst var í nefndu sératkvæði í máli nr. 491/2007. Að auki er hér um að ræða refsímál en stjórnarskráin hefur að geyma ákvæði í 69. gr. sem felur í sér sérstakar kröfur til skýrleika laga sem heimila refsingu. Við þessar aðstæður hlýt ég að komast að sömu niðurstöðu og í máli nr. 491/2007. Ber því að mínum dómi að sýkna ákærðu og leggja sakarkostnað vegna meðferðar málsins í héraði og fyrir Hæstarétti á ríkissjóð.

Í þessum tveimur málum er sami dómari með sératkvæði og heldur fast við sitt. Í fyrra málinu dæmdu fimm dómarar en í hinu síðara þrír. Sami dómari skilar sératkvæði í báðum málunum. Í hinu síðara eru hinir tveir ekki á meðal þeirra sem dæmdu í fyrra málinu. Dómarinn sem skilar sératkvæðinu telur fordæmi ekki bindandi réttarheimild og getur þess sérstaklega í síðara málinu. Best hefði verið að láta þess ógetið að í hlut á höfundur bókarinnar um fordæmi og valdmörk dómstóla frá árinu 2003 en það skiptir ekki öllu. Annars vegar á í hlut fræðimaður og hins vegar dómari. Þessi mörk verður að virða en ekkert mælir gegn því að bregða mælistiku bókarinnar á sératkvæðið. Sú skoðun kemur berum orðum fram í sératkvæði dómarsins að dómstólar hafi ekki vald til að setja lagareglur. Það má hins vegar velja því upp hvort það að skila sératkvæði þessa efnis og gagnvart fyrri fordæmum sýni vilja til að auka hlutverk dómstóla við lagasetningu. Þessu er haldið fram sökum þess að annars hefði dómarinn átt að vera sammála meirihlutanum og við svo búið varpað því til löggjafans hvort breyta ætti lögum. Fordæmið var komið fram um það lagaatriði sem á reyndi. Fordæmið var nýtt og þótt rétturinn hefði klofnað hið fyrra sinn var aðeins einn dómari af fimm sem skilaði sératkvæði.

Höfundur bókarinnar hafnar því ítrekað að til séu fleiri en ein mismunandi en jafn réttar niðurstöður.³⁷ Í sama riti kemur fram að ekki sé útilokað að minnihluti í sjö manna dómi geti síðar myndað meirihluta fyrir niðurstöðu sinni með dómara eða dómurum sem ekki áttu sæti í sjö manna dóminum. Hins vegar megi almennt ætla að dómarar, sem eru í minnihluta innan réttarins um ákveðna niðurstöðu, muni beygja sig fyrir fordæminu, einkum ef þeir vita að hreinn meirihluti er meðal dómara við réttinn fyrir því.³⁸ Áður er minnst á hvernig hugmyndin um gildi fordæma er sett fram í því riti. Þar er gerður fyrirvari um þýðingu fordæmis ef meðferð réttarheimildarinnar, sem réði niðurstöðunni í það skiptið, hafi verið röng. Dómarinn var vitaskuld á engan hátt bundinn af því sem hann hafði áður ritað um á vettvangi fræðanna. Og þegar borið er niður í riti hans, meðal annars því sem rakið er fyrr, er ekki að sjá að sératkvæðið geymi einhverjar þversagnir miðað við fræðiskrifin. Það hljóta þó að vakna álitamál um það hversu það samræmist kenningunni um hina einu réttu lögfræðilegu niðurstöðu að dómari hafni svo nýlegu og afgerandi fordæmi. Ef til vill fer það allt eftir því hvernig menn skilja orðin „ein rétt niðurstaða“, hvenær er hún rétt og hvenær var önnur niðurstaða röng? Átti dómarinn að beygja sig undir fordæmi meirihlutans? Meirihlutans í fyrra málinu og meirihlutans í seinna málinu?

Sakfelling ritstjórans með dóminum frá 23. október 2008 hefur að líkindum verið honum þungbær en eflaust var það honum til einhverrar sáluhjálpar að einn dómenda við Hæstarétt teldi á honum brotið vegna grundvallarréttinda hans sem ættu stoð í stjórnarskrá lýðveldisins. Ekki skal fullyrt hvaða skoðun þessi sami ritstjóri hefur haft á síðara málinu þar sem kollegar hans hlutu sömu örlög, sakfellingu og refsingu. Einhver hefði a.m.k. talið sálu sinni enn betur borgið í það skiptið þegar

37 Sjá t.d. bls. 38-39 í ritinu.

38 Sjá bls. 70 í nefndu riti.

enn var skilað sératkvæði. En það er ekki óhugsandi að sams konar ákæru- og lagaatriði komi á ný fyrir Hæstarétt. Aftur yrði tekist á um stjórnarskrárákvæðin í því samhengi. Atvikin eru í öllum meginatriðum sams konar en aftur væri tekist á um lagaatriðið – réttarheimildina. Hugsanlega verða þá þrír dómara, sá sem skilaði sératkvæðunum og einn eða tveir aðrir en dæmt höfðu áður. Túlkun þeirri sem haldið var á lofti í sératkvæðum yrði aflað fylgis við málflutning allan og viðkomandi sýknaður. Enn skulu ritstjóranum gerðar upp skoðanir eða viðhorf. Var hann frumkvöðullinn sem bar krossinn fyrir hina eða renna á hann tvær grímur og verður hann e.t.v. ekki jafn þakklátur líknara sínum og ætla mætti? Stofnunin var Hæstiréttur Íslands, sá hinn sami og dæmdi hann en sýknaði annan að óbreyttum lögum – og stjórn lögum.

Þegar þessi sératkvæði eru borin saman við hvernig Hæstiréttur klotnaði í málinu um aðild íslenska ríkisins í dóminum frá 18. júní 2008, sést við nánari athugun að í báðum tilvikum er viðfangsefnið hvort meðferð réttarheimilda í fyrri dómsúrlausnum hefði verið rétt eða röng. Það á ekki bara við um sératkvæði dómendanna tveggja sem mynduðu minnihlutann, heldur líka hinna. Dómarnir þrír sem stóðu að niðurstöðu meirihlutans – einn þeirra með öðrum forsendum – voru að taka fyrri dómaframkvæmd til endurskoðunar. Þeir túlkuðu við þá athugun lög sem ekkert höfðu breyst.

5. Niðurlag

Dómurinn sem nefndur var í upphafi vakti athygli höfundar á því að sú staða kemur upp að löggjafinn þarf að leysa úr réttaróvissu sem segja má að dómsvaldið eigi upp-tökin að. Hæstiréttur tekst á við fordæmi sín, rétturinn þríklofnar og dómendur túlka fyrri fordæmi með ólíkum hætti, berja jafnvel eitthvað í brestina til að renna stoðum undir fyrri niðurstöðu. Ákallið til löggjafans birtist oft – a.m.k. óþægilega oft – í því að lög hafa ekki staðist gagnvart stjórnarskrá og að gera varð á þeim breytingar. Þar hefur jafnræðisregla stjórnarskrár komið við sögu á afgerandi hátt. Hér er átt við dómana sem leiddu óhjákvæmilega af sér breytingar á lögum um stjórn fiskveiða og um almannatryggingar. Dómar af sama meiði geta einnig valdið því að ekki verður byggt á lögum með sama hætti aftur – þeim yrði þá aftur vikið til hliðar og réttindi eða réttarstaða kræf án tillits til þeirra.

Í sératkvæðinu sem fylgdi seinni dóminum um ákæruatriði vegna áfengis-auglýsinga var hins vegar skoðun dómans sú að þótt Hæstiréttur kæmist að niðurstöðu um beitingu réttarheimildar í tilteknu máli hefði það ekki þá þýðingu að til hefði orðið ný lagaregla sem upp frá því væri skylt að beita í sambærilegum málum á sama hátt og skylt er að beita lögum sem stafa frá löggjafanum. Sagði dómari síðan: „Þrátt fyrir þetta kann að vera nauðsynlegt vegna sjónarmiða um jafnræði manna og samræmi í dómsúrlausnum að taka mið af fyrri úrlausnum Hæstaréttar þegar leyst er úr máli. Verður dómari að vega þessi sjónarmið saman þegar á reynir.“

Í dóminum sem nefndur var um þjóðlendumörk frá 2007 gekk einn dómari út frá því að fordæmi hefðu verið ítrekuð svo oft að komin væri á dómvenja og vísaði hann til 65. gr. stjórnarskrárinnar. Í hinu tilvikinu, um brot gegn 20. gr. áfengislaga, gerir dómariinn jafnræðisregluna að eins konar varnagla en nefnir að vega verði þau sjónarmið saman þegar á reyni. Spyrja má hvort ekki hafi verið komin fram dómvenja eða a.m.k. skýr fordæmi um gildi refsheimildarinnar um brot við áfengis-
auglýsingum gagnvart æðri lögum, rétt eins og meirihlutaákvæðin bera með sér. Sér-
atkvæðið hið síðara í málum ritstjórnanna tveggja hlýtur að teljast býsna markvert fyrir þær sakir að málið var dæmt aðeins tæpum tveimur vikum eftir að starfsbróðir þeirra hlaut sinn dóm. Hinu má ekki gleyma að dómariinn sem stóð að sératkvæðinu var ekki bara að vega og meta áhrif jafnræðisreglu, hugsanlega stjórnarskrár, heldur var hann líka að túlka hana og önnur ákvæði stjórnarskrár í samhengi við gildi refsheimildarinnar. Hugsanlega taldi hann rétt af þeim ástæðum að halda sig við afstöðu sína og að fyrra fordæmi væri ekki rétt túlkun réttarheimilda. Hann virðist líta svo á að meðferð réttarheimilda og túlkun þeirra í dómsniðurstöðu hins fyrra máls hafi verið röng. Er slík afstaða í mótsögn við það sjónarmið að hafna beri því að fleiri en ein rétt niðurstaða sé til um sama sakarefnið að óbreyttum lögum? Það þarf ekki að vera. Dómariinn taldi sig leita að hinni einu réttu niðurstöðu og hafnaði fordæminu. Og þá má spyrja hvort hin eina rétta lögfræðilega niðurstaða sæti huglægu mati. Ef svo er verður hún ekki einmana mjög lengi. Fordæmið sem dómariinn hafnaði hlaut að vera sterkt og áhrifaríkt enda stóðu að því fjórir dómara af fimm. Var það ekki sú réttarheimild sem hlaut að vera afgerandi í leitinni að hinni einu réttu niðurstöðu? Almennt sýna dómarnir sem reifaðir voru að framan að afar mikið þarf til að koma ef Hæstiréttur viku frá nýlegu fordæmi um stefnumarkandi skýringu á stjórnarskrá. Nefndar voru í dæmaskyni úrlausnir um ákvæði skaðabótalaga annars vegar og hins vegar skerðingu lífeyrisgreiðslna gagnvart stjórnarskrá. Í forsendum meirihluta Hæstaréttar um ákvæði 20. gr. áfengislaga gagnvart æðri heimildum kveður við sama tón.

Dómstólar beita jafnræðisreglum og hún höfðar til manna. Stjórnvöld eru í úrlausnum sínum bundin við jafnræðisreglu stjórnsýslulaga. Jafnræðisregla stjórnarskrárinnar heldur löggjafanum við efnið sem og öðrum. Í réttarfarinu er jafnræðisregla einnig orðuð sem ein af meginreglum á því sviði. Henni er fremur ætlað að jafna tækifæri aðila við málarekstur fremur en að afla þeim réttinda. Og þá er rétt að varpa þeirri spurningu fram hvort jafnræðisregla stjórnarskrárinnar bindi hendur dómsvaldsins sérstaklega, ekki bara um það augljósa, að henni verði beitt við úrlausn máls, heldur einnig hvort dómstólar verði að fara eftir henni við beitingu dómsvalds. Og hér er þá aðeins átt við þá réttarheimild sem í fordæminu felst. Á einhvern hátt varð hún til með fordæminu, þ.e. dóminum. Minnst ber þess enn að flestir aðhyllast þá kenningu að í raun sé Hæstiréttur ekki bundinn af fordæmum sínum. En dómsvaldið er einn þáttur ríkisvalds og ákvæði stjórnarskrárinnar binda eftir atvikum alla þessa þrjá þætti þess. Hún leggur kvaðir á dómsvaldið, t.d. eins og kveðið er á um í

61. gr. og 70. gr. hennar. Er það framsækin skýring að 65. gr. stjórnarskrárinnar leggi þá skyldu á herðar dómsvaldinu að fylgja fordæmum?

Í greinargerð með frumvarpi að stjórnarskipunarlögum kemur fram að þótt jafnræðisreglan hafi ekki áður verið bundin í stjórnarskipunarlög með skýrum hætti hafi engu að síður verið litið svo á að hún væri ein helsta undirstaðan í íslenskri stjórnarskipun og almennt í íslenskum rétti. Í henni væru e.t.v. ekki fólgin ákveðin efnisréttindi en mikilvægi hennar fælist ofar öllu í því að vera almenn leiðbeiningarregla.³⁹ Í 11. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 er mælt fyrir um bann við að mismuna aðilum við úrslausn mála í stjórnarsýslunni. Varpa má því fram hvort 65. gr. stjórnarskrárinnar gerir ekki sambærilegar kröfur til dómsýslunnar. Hæstiréttur hefur sjálfur talið að mannréttindaskuldbindingar og mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar geri tiltekna kröfur til dómstóla. Sagði t.d. í hrd. 1995, bls. 1444 að fallast yrði á „... að staða dómarafulltrúa, eins og henni er nú fyrir komið, uppfylli ekki grunnreglur stjórnarskrár um sjálfstæði dómsvaldsins, svo sem þær verða skýrðar með hliðsjón af 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu um sjálfstæða og óvilhalla dómara ...“ Þá má einnig nefna í dæmaskyni hrd. 2000, bls. 4394 (419/2000) þar sem horft var fram hjá þeim lögum takmörkunum á rétti föður til að höfða faðernismál á þann hátt sem gert var í barnalögum. Var niðurstaða Hæstaréttar sú að takmörkunin bryti gegn 70. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. einnig 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Ekki voru fyrir hendi nægar málefnalegar forsendur til þeirrar mismununar sem birtist í reglum barnalaga um málsaðild í faðernismálum. Í málinu rökstuddi Hæstiréttur þessa niðurstöðu ítarlega með stuðningi í 70. gr. og 65. gr. stjórnarskrár, sem og ákvæðum Mannréttindasáttmála Evrópu sem lögfestur hafði verið. Um jafnræðisregluna sagði Hæstiréttur sérstaklega:

Í 65. gr. stjórnarskrárinnar, þar sem kveðið er á um að allir skuli vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda, er sérstaklega áréttað í 2. mgr. að konur og karlar skuli njóta jafns réttar í hvívetna. Sams konar bann við mismunun birtist í 14. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Í athugasemdum með frumvarpi að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 kom fram að í jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar væru ekki fólgin ákveðin efnisréttindi, heldur fælist mikilvægi hennar fyrst og fremst í því að henni væri ætlað að vera almenn leiðbeiningarregla um bann við mismunun, sem beri ávallt að hafa að leiðarljósi, ekki einvörðungu við setningu laga, heldur og við skýringu þeirra.

Í þessum málum sem nefnd voru í dæmaskyni, var ákvæðum stjórnarskrár beitt um þær kröfur sem gera verður til dómsvaldsins. Hvort sem um var að ræða stöðu dómarafulltrúa, eins og henni var háttað, eða ákvæði um málsaðild í faðernismálum þá vörðu sakarefnin þær kröfur sem gera varð til laga um dómstólaskipanina og aðgang að dómstólum. Lagaframkvæmdin eða löggjöfin sjálf var ekki talin standast. Stjórnarskráin gerir þannig tiltekna kröfur til þessa valdþáttar sem nefnt er dómsvald og dómsvaldið sjálft verður að hlúa að þeim kröfum.

39 *Alþingistíðindi*, 1994-1995 A, þskj. nr. 389, bls. 2085.

Í nokkrum dómum, sem nefndir voru fyrr, koma fram í atkvæðum dómenda vangaveltur um gildi fordæma. Jafnræðisregla svífur þar yfir vötnum. Í sératkvæðinu sem fylgdi hrd. frá 4. október 2007 (27/2007) kom fram að í þjóðlendumálum hefðu fordæmi Hæstaréttar verið ítrekuð það oft í síðari dómum að telja mætti að dómvenja hefði skapast. Vísaði dómariinn þá til 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar sem gerði kröfur um samræmingu í lagaframkvæmd og að tilgangur þjóðlendulaganna væri einmitt samræming á eignarréttarlegri stöðu einstakra svæða landsins. Hann taldi því ekki verða komist hjá að líta til dóma Hæstaréttar um þau meginatriði sem leggja beri til grundvallar þegar ákveðin væru mörk þjóðlendu og eignarlanda í málinu. Þetta niðurlag í sératkvæði dómans sýnist verða að skýra svo að hann hafi ekki aðeins lagt áherslu á að löggjöfin um ákvörðun þjóðlendumarka og stjórnsýslan um þá framkvæmd gerðu ekki mannamun. Hann virðist beinlínis leggja til grundvallar að dómsvaldið verði að gæta þessa jafnræðis í úrlausnum sínum, við svo búið að dómvenja hafi skapast.

Fordæmi teljast til réttarheimilda. Þau renna styrkari stoðum undir beitingu laga og réttarreglan sem mótuð er verður traustari. Dómstólar móta líka réttarreglur úr öðrum réttarheimildum en stjórnarskrá og settum lögum – slá fastri venju, skýra vægi þjóðréttarskuldbindinga, beita meginreglum laga og eðli máls. Í þeim tilvikum einnig gerir fordæmið réttarheimildina sterkari á viðkomandi sviði og menn og stjórnvöld sjá betur fyrir um réttindi, heimildir eða skyldur. Hér verður þeirri skoðun lýst að löggjafinn sé betur til þess fallinn að móta nýjar, almennar réttarreglur. Það er vitað að þær kunna að þurfa skýringa við og taka ekki á öllum tilvikum. Til þeirra verka eru dómstólar bestir, þegar átök eru og ágreiningur utan réttar. En það virðast vera átök innan Hæstaréttar um fordæmisgildi dóma og eflaust munu margir hafa mismunandi skoðanir þar á. Kenningin um fordæmisgildi dóma byggir meðal annars á því að samræmis skuli gætt. Ekki er líklegt að menn myndu játast undir þá tillögu að fordæmi yrði með lögum gert að bindandi réttarheimild. Svo flókin og vandmeðfarin hefur jafnræðisreglan verið að trauðla myndu menn heldur vilja finna réttarheimildinni fordæmi beina stoð í 65. gr. stjórnarskrárinnar – þannig að bindandi væri. Jafnræðisreglan er þó greinilega samviska hins íhaldssama dómara og þess framsækna.

Um höfundinn

Einar Karl Hallvarðsson er dósent við Háskólann á Bifröst og hefur starfað sem lögmaður við embætti ríkislögmanns. Hann fékk réttindi til málflutnings fyrir héraðsdómi árið 1994 og fyrir Hæstarétti árið 1997. Netfang: einarkarl@bifrost.is.

Heimildaskrá

Ármann Snævarr. *Almenn lögfræði*. Reykjavík: Orator, 1989.
Einar Karl Hallvarðsson. „Hvernig er þetta með ríkið?“ *Úlfjótur* 58 (2005), bls. 495-525.

- Jón Steinar Gunnlaugsson. „Fordæmisgildi Hæstaréttardóma.“ *Tímarit lögfræðinga* 42 (1992), bls. 172-176.
- Jón Steinar Gunnlaugsson. *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*. Reykjavík: Háskólinn í Reykjavík, 2003.
- Sigurður Tómas Magnússon. „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála.“ *Tímarit lögfræðinga* 55 (2005), bls. 133-182.
- Sigurður Líndal. *Inngangur að lögfræði. II. Réttarheimildir: fordæmi*. Bráðabirgðaútgáfa til kennslu. Reykjavík, 1996.
- Sigurður Líndal. *Um lög og lögfræði: grundvöllur laga – réttarheimildir*. 2. útgáfa. Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag, 2003.
- Skúli Magnússon. „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera í dómsmálum?“ *Úlfljóttur* 58 (2005), bls. 527-538.
- Ólafur Jóhannes Einarsson. „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi.“ *Tímarit lögfræðinga* 57 (2007), bls. 39-81.
- Þór Vilhjálmsson. „Fordæmi.“ *Tímarit lögfræðinga* 42 (1992), bls. 168-171.

A short history of national identification numbering in Iceland

Ian Watson

Abstract: Iceland created national identification numbers in the early 1950s as part of the process of automating civil registration. Numbers were based on a person's birthdate. In 1959, an additional "name number" for each person was created, based on the position of the person's name in alphabetical order. After Iceland began to issue personal identity cards showing the name number in 1965, the practice of using the name number as a unique personal identifier slowly penetrated through all of society. By the 1980s, the name number space became exhausted, and in 1987-1988 the name number was replaced by the birthdate-based number, rechristened the "kennitala." Compared to other countries, the kennitala is very widely used, and its status approaches that of an alternative name. As well, the databases that allow conversion between a given person's name and kennitala are publicly accessible. Some individuals and data protection organizations have expressed concerns about the wide use of identification numbers in Iceland, as well as the transparent use of the birthdate in the kennitala. However, others have successfully argued against any major changes, and the system seems to enjoy general acceptance. The Icelandic numbering system is unusual by international standards and the article attempts to bring its history to a larger audience.

Keywords: kennitala, nafnnúmer, national identification number, Iceland

Ágrip: Persónuauðkennisnúmer voru búin til í íslenskri stjórnsýslu snemma á sjötta áratug 20. aldar þegar almannaskráning var færð yfir á tölvuspjöld. Númerin byggðust á fæðingardegi hvers einstaklings. Nafnnúmerið svokallaða bættist við árið 1959 og byggðist á hvar nafnið stóð í stafrófsröð. Eftir útgáfu nafnskrteina með nafnnúmeri árið 1965 varð notkun nafnnúmera smám saman algengari í daglegu lífi. Rýmið í nafnnúmerakerfinu fylltist á níunda áratugnum og á árunum 1987-88 var nafnnúmerinu skipt út fyrir gamla númerið, sem var endurskirt sem „kennitala.“ Miðað við önnur lönd er kennitalan mikið notuð á Íslandi og staða hennar jafngildir næstum því nafni. Í gagnagrunnum, sem opnir eru almenningi, má gefa upp kennitölu og finna nafn viðkomanda (og öfugt). Stofnanir, samtök og einstaklingar, sem láta sig persónuvernd varða, hafa lýst yfir áhyggjum af breiðri notkun auðkennisnúmera á Íslandi, en einnig af því að kennitalan inniheldur fæðingardaginn. Aðrir hafa hins vegar mælt á móti stórum breytingum á kerfinu og það virðist vera almennur stuðningur við það. Í alþjóðlegu samhengi er íslenska persónuauðkennisferfið óvenjulegt og markmið greinarrinnar er að veita fleirum upplýsingar um sögu þess.

Lykilorð: kennitala, nafnnúmer, auðkennisnúmer, Ísland

1. Introduction

Each resident of Iceland is identified with a ten-digit number, called the *kennitala* in Icelandic. This paper is an effort at charting the history of the *kennitala* and other national identification numbers in Iceland, and reviewing the main controversies that have surrounded them. The history of personal numbers in Iceland is particularly interesting because they are especially widely used, perhaps more widely than in any other country in the world. As well, they are open: a publicly accessible database allows one to convert between anyone's name and *kennitala*, something which would be unthinkable in countries like the United States or Britain.

The design of personal numbering systems is a matter in which societies have a considerable amount of choice. At a time when the future of civil registration, identity cards, and personal numbering is extremely controversial in the Anglo-Saxon world,¹ it is instructive to see how Iceland's approach has worked.

Scholars of identification have tended to pay more attention to physical rather than semantic tokens of identity, preferring to study passports and identity cards rather than national identification numbers. The most accessible authoritative sources of information on identification numbers tend to be on the websites of national civil registration administrations.² There are a few exceptions, such as the short section on the history of French identification numbers in Pierre Piazza's book on the history of identity cards in France.³ A few other scholars have written about the role of identity numbers in privacy, security, or taxation and these scholars' principal interest is usually in those allied fields.⁴

The author's background is different: he has spent considerable time studying the design of numbering systems in general, and the issues of semantic reference, standardization, and social convention that surround them. He is the author of a monograph which examines many numbering and labeling systems that are important to entire societies in the same way as national identification numbers are important to Iceland.⁵

This article provides a basic overview of the history and status of Icelandic personal identification numbering. Iceland is an island nation with a little over 300,000 residents. Some will find it tempting to dismiss the Icelandic case as anomalous, and insignificant for other countries because of the difference in scale. However, the au-

1 Proposals for a national identity card in Britain, for standardized driver's licenses in the United States, for a so-called Australia Card, and for a national identification number system in India have been among major recent matters of debate.

2 For example, "The personal identification number," section 4.2 in "The civil registration system in Denmark" (2001; available on the website of Det Centrale Personregister: <http://www.cpr.dk>).

3 Pierre Piazza, *Histoire de la carte nationale d'identité* (Paris: Odile Jacob, 2004).

4 For example, Paula N. Singer and Linda Dodd-Major, "Identification numbers and U.S. government compliance initiatives," *Tax Notes* 104, 13 (20 September 2004).

5 Ian Watson, "Cognitive design: creating the sets of categories and labels that structure our shared experience," Ph.D. dissertation, Rutgers University, 2005.

thor sees no *a priori* reason not to consider what the history of Icelandic identification numbering might offer to those involved in numbering policy in larger societies.

Before proceeding, it is important to mention three things this article does not do. First, it does not answer the question of how the development of the Icelandic number system compares and relates to the history of the analogous systems in the other Nordic countries. Secondly, the records of Hagstofa Íslands (Iceland's statistical service), which are held in Iceland's national archives, were not examined in preparing this article. Finally, it does not offer a detailed engagement with the critique of identification systems as state surveillance by scholars such as David Lyon.⁶ These three projects are worthy, but would require time and money and would lengthen an already long paper. There are indications that the Hagstofa archives do not include rich detail on the history of identification numbering.

2. The National Register is created

The current Icelandic national identification number system started life as a byproduct of the creation of Iceland's National Register (Ic. *Þjóðskrá*)⁷ on 1 July 1952.⁸ The register was, and is, a list of all Icelandic residents, including their name, birthdate, address, various personal details, and links to spouses and children. The creation of the register served three goals: more effective civil registration, a reliable database for public services, and efficient statistical collection for the Icelandic government.

The first goal in creating the register was to bring civil registration under the control of a single office. Previously, each district was supposed to keep its own register of inhabitants and update it each year. But

before the National Registry took over civil registration [...] there was no certainty that those who disappeared from the register of one district were added to the register of another, and a considerable number of people wound up not paying their taxes for this reason. Similarly, it was common for people to be considered residents of two districts at the same time.⁹

6 Lyon's most recent work in this vein is *Identifying citizens: ID cards as surveillance* (Cambridge: Polity, 2009).

7 In this article, the Icelandic word *Þjóðskrá* has been translated in two different ways: as "National Register" when it refers to the official list of Icelandic residents, and as "National Registry" when it refers to the institution responsible for keeping that list. The word *Hagstofa* (the name of the cabinet-level institution responsible for statistical research in Iceland, of which the National Registry was originally a part) has had several official translations through the years; here, to reflect the institution's continuity, it has not been translated. *Nafnúmer* has been translated as "name number," but the word *kennitala* (pl. *kennitölur*) has been left untranslated.

8 On the early history of the National Register, see Klemens Tryggvason, "Hagstofa 1951-1964," *Hagtíðindi* 49 (1964): 44-57.

9 Klemens Tryggvason, "Hagstofa 1951-1964," *Hagtíðindi* 49 (1964): 52. "Áður en þjóðskráin tók við almannaskráningu [...] það var undir hælinn lagt, hvort þeir, sem hurfu af skrá eins sveitarfélags, voru teknir á skrá annars sveitarfélags, og kvað talsvert að því að menn slyppu við að greiða opinber gjöld af þeim sökum. Á hliðstæðan hátt var algengt, að menn væru taldir heimilsfastir í

Besides the tax authorities, the country's health authorities, social security system, public health and tuberculosis researchers, and electrical power authorities and election boards also needed authoritative lists of inhabitants and a way to use them in record-keeping and billing.¹⁰

As well, a key aim of centralized record-keeping was to make it easy to produce statistical data on Icelandic society. The feeling in Iceland, as elsewhere, was that it might be easier to generate needed statistical data from a national registry than from censuses or random surveys.¹¹ Indeed, the National Registry was established as a part of Hagstofa, Iceland's government statistical service, and it remained so until 1 July 2006 when it was transferred to the Ministry of Justice by law 51/2006.

The crucial elements of the system were that birth, marriage, and death certificates would be submitted to the National Registry, a note of each person's district residence would be made, and Icelanders would be required to notify the Registry when changing their residence.

The National Register was, physically speaking, a punch-card index, where one punch card represented each person (Image 1). An important factor in the development of the Register was the availability and increasing sophistication of punch-card processing machinery. The technical foundation of the Register was a new type of punch-card machine which could generate alphabetic output used for billing. The machines were used jointly by the Reykjavík power authority and Hagstofa. A joint organization was formed to manage them on 28 August 1952, called *Skýrsluvélar ríkisins og Reykjavíkurborgar*, or *Skýrr* for short. (The full name translates literally as "State and Reykjavík City Computing Machines.")¹²

On 10 September 1952 a law (#58/1952) was passed allowing a special census to be taken on 16 October and used as the basis for creating the Register.¹³ The process took over a year. The first printed registers of inhabitants (Ic. *íbúaskrá*), listing residents as of 1 December 1953, were apparently sent to each district government in Iceland in January 1954.¹⁴ The only copies of these registers that the author has seen

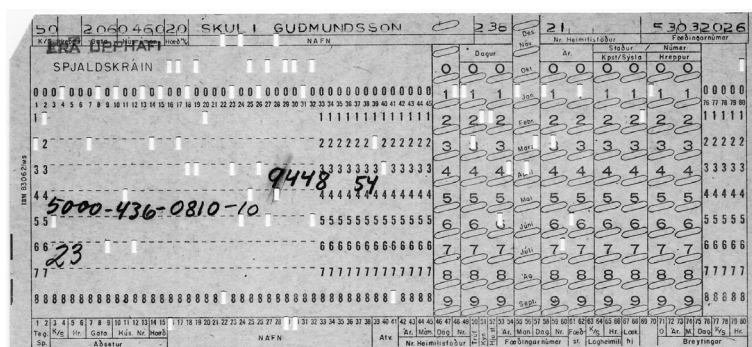


Image 1: Punch card for Skúli Guðmundsson, born 20 March 1953.

tveimur sveitarfélögum samtímis."

10 Klemens Tryggvason, "Hagstofa 1951-1964," pp. 52-53.

11 Hallgrímur Snorrason interview, 5 February 2008.

12 Klemens Tryggvason, "Hagstofa 1951-1964," p. 53; Óttar Kjartansson, *Upplýsingaiðnaður í hálfá öld: saga Skýrr 1952-2002* (Reykjavík: Skýrr hf., 2002), pp. 26-39.

13 Klemens Tryggvason, "Hagstofa 1951-1964," pp. 52-53.

14 "Vélsþjaldaskrá yfir alla Íslendinga að verða fullgerð," *Morgunblaðið*, 17 October 1953, p. 1.

are held by the National Registry (Image 2). In subsequent years, these registers were updated using the reference date of 1 December, and then the data for Reykjavík at least was printed, bound, and sold to the general public at some point during the new year.¹⁵

Creating the Registry and keeping it up to date required co-operation from all of Iceland's residents, and this was, not surprisingly, not easily accomplished. In November 1954, shortly before the reference date of the second annual edition of the printed registers of

inhabitants, forms were sent to each house in Reykjavík asking for updated information on changes of residence since the initial reference date of 1 December 1953.¹⁶ Enforcement was needed to get people to comply. A year later, an article mentioned that 800 people had been fined in Reykjavík alone for not reporting their residence.¹⁷

HAFNARFJÖRÐUR		1. 12. 1953		1000	
9	I NACRUS MAGNUSSON	19	180826	13	1 10
009	I KRISTRÚJÖRN JÓNSSON	11	111226	17	1 10
9	I GYLFI GUDJÓNSSON	11	020544	13	1 10 3612
9	I ELÍSA RÚRNSDÓTTIR	29	180389	43	1 10 3007
004	I EIRIKUR AGÚSTSSON	13	190621	43	1 10
004	Z GUDLAUG GUDMUNDSD	23	071119	47	1 10
004	3 STEINUNN EIRIKSDÓTTIR	21	281148	41	1 10
009	I GUDJON AANES	15	240730	21	1 10
009	I JÓNNA HERMANSDÓTTIR	21	210137	36	1 10
009	I BIRNA RÚRNSDÓTTIR	21	100538	17	1 10
BRANDUÁ		001	0300		
101	I ÞORSTEINN GÍSLASON	13	040499	50	1 10
101	Z GUNÐRÖNN VIÐLUNUSD	23	060109	47	1 10
201	I ÞORHARTN STEINDORSSON	13	110312	50	1 10
201	Z HALEÐORA HINRIKSD	23	130817	46	1 10
201	3 ÞORBJÖRG ÞORARINSD	21	240545	50	1 10
BRUSASTADIR		001	0600		
101	I ÞORRUR EYJÓLFSSON	13	060598	50	1 10
101	Z SÁLÖME SÁLÓMONSDÓTTIR	23	280599	35	1 10
101	3 SIGRÍÐUR ÞORÐARD	21	061242	50	1 10

Image 2: Íbúaskrá for Hafnarfjörður as of 1 December 1953. Held by the National Registry.

3. Personal numbering in the new system

Saying that Iceland's national identification number was a "byproduct" of the creation of the National Register reflects that there is no evidence to suggest that identifying people by number in everyday life in Iceland, as is now common, was part of the expressed intent of the system at its beginning. The rationale for the registry was to assist with civil registration, billing, taxation, and statistical reports. Indeed, the creation of a national registry does not necessarily entail the creation of a numbering system for individuals.¹⁸ However, not surprisingly, the designers of the system did create a unique, formal identifier which allowed unambiguous reference to a particular individual. It seems that they did so deliberately and with some consideration — although not with the intent that people would have to use the identifier in their daily life. As we will see below, the idea that people should know and use their number every day did not really occur to the system's overseers until the 1960s.

15 See, for example, "Íbúaskrá Reykjavíkur er komin út," *Morgunblaðið*, 17 July 1956, p. 11.

16 "Sérstakar ráðstafanir vegna niðurfellingar manntals hér," *Morgunblaðið*, 2 November 1954, p. 1.

17 "Manntal fellur niður í Reykjavík," *Morgunblaðið*, 2 November 1955, p. 6.

18 One can imagine creating, maintaining, and making use of a punch card deck representing all Icelandic residents without creating a numerical identifier for each person. Examining enough attributes of an individual person, such as their address, birthdate, or any other information listed in the registry entry, should in theory be enough to ensure accurate reference to a given individual record.

Creating a personal identifier is a nontrivial semantic design task. A person's name is not sufficient as a unique identifier, because many people have the same name. Name and address combined is an impractical solution, because addresses change when people move, and there are sometimes two people by the same name at the same address. A name, plus a number further identifying the individual among all the holders of that name (e.g. Jón Jónsson 1) would run into the problem that identifiers would be of widely varying length, and people who change their names would be stuck with an identifier based on a name they did not bear.

Icelandic law is strongly influenced by Danish law, but Denmark's national identification number was not introduced until 1968 and civil registration in Denmark has developed differently than in Iceland.¹⁹ It is more reasonable to hypothesize that Iceland was influenced by Sweden in establishing its numbering system. The laws creating Sweden's *personnummer* were passed in June 1946.²⁰ The Icelandic system resembles it in many, though not all aspects.

The approach used in Iceland was to form an identifier from an individual's birthdate plus a number further identifying the individual within the group of all people born on that day. Birthdates do not change over the life course. The number of births per day is the main uncertainty in this system, but its range in a given population can be predicted with considerable confidence. Iceland averaged about 4400 births per year from 1951 to 2000. Two digits easily sufficed to give every person born on a given day a unique identifier, and that is the length of the number that the National Registry assigned to everyone in its card index.

This two-digit number does not appear in the first register of inhabitants (for 1 December 1953, shown in Image 2). But it does appear on the earliest punch cards in the system (see Image 1 above). It also appears in the *Íbúaskra Reykjavíkur* for 1 December 1954, the first widely distributed printed register of inhabitants, which was issued by Hagstofa in April 1955 (Images 3 and 4). This edition of the *Íbúaskrá* calls the two-digit number the "birth number" (Ic. *fæðingarnúmer*). The birth number directly follows the birthdate, in more or less the same way as today, though separated by a space rather than a dash. The introductory text of the *Íbúaskrá* describes the birth number as a "special identifier, which together with the birthdate distinguishes each individual from all others in the card index."²¹

19 "The personal identification number," section 4.2 in "The civil registration system in Denmark" (2001). Available on the website of Det Centrale Personregister: <http://www.cpr.dk>. See also Karl Jakob Krogness, "Registration in Denmark" (unpublished manuscript, Ritsumeikan University, 2009).

20 *Folkbokföringsuppgifter hos arkivmyndigheterna* (Statens offentliga utredningar 2004/106), section 3.2.2.

21 "sérstakt auðkenni, sem ásamt fæðingardegi aðgreinir hvern einstakling frá öllum öðrum í spjaldskránni" (*Íbúaskrá Reykjavíkur 1. desember 1954*, gefið út af Hagstofu Íslands fyrir hönd Allsherjar Spjaldskrárinnar, Reykjavík, 1 apríl 1955).

SÖRLASKJÓL 40		508 0400				
GUNNAR JÓNSSON	3	111220	26	5000	1	
ÞORBJÖRG A DORSTEINSD	3	160121	32	1000	1	
ELIN GUNNARSDÓTTIR	1	190650	27	5000	1	
GUNNAR GUNNARSSON	1	250651	33	5000	1	
VERDIS GUNNARSDÓTTIR	1	111253	53	5000	1	

Image 3: The entry for Sörlaskjól 40 in the very first printed edition of *Íbúaskrá Reykjavíkur* (reference date 1 December 1954, page 938). The register was ordered by street address. Under each address all residents were listed, and for each the following information: name; sex and marital status (coded singly); birthdate; “birth number”; numerically coded birthplace; religious membership; and citizenship (if not Icelandic).

The full eight digits – the six-digit birth date plus the two-digit birth number – are particularly important because they were the ancestor of the current Icelandic kennitala. Once again, all evidence suggests that Icelanders were, in the mid-1950s, neither encouraged nor required to know these eight digits nor to state them in any particular context. Within the National Registry though, right

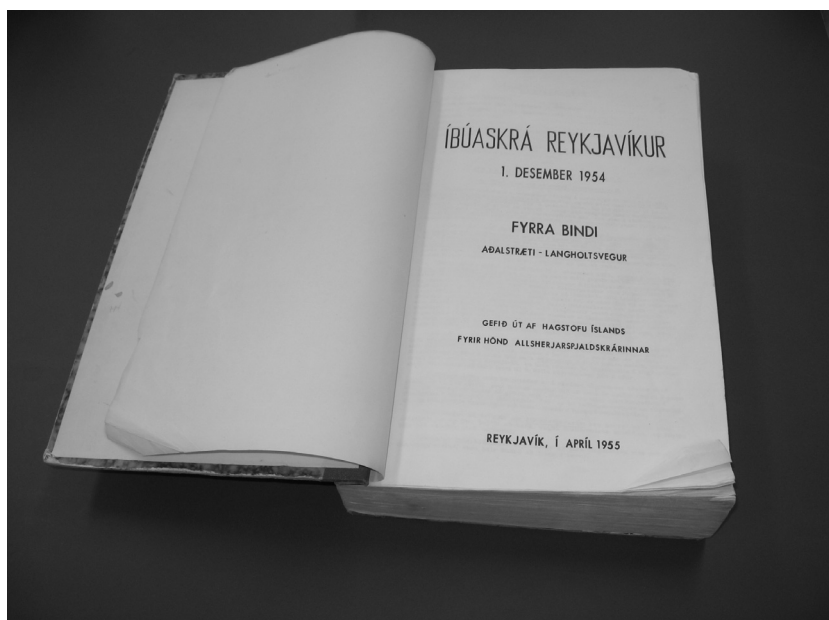


Image 4: population register for Reykjavík, published in 1955 with a reference date of 1 December 1954.

from the beginning, this eight-digit identifier was listed on punch cards and considered as a concept of its own. It was sometimes called the “birthdate number” (Ic. *fæðingardagsnúmer*),²² but the early punch cards confusingly call it the “birth number” (Ic. *fæðingarnúmer*) and it is this name that stuck.

The use of these eight digits as a unique identifier or surrogate name was restricted to the National Register and the other large databases connected to it. However, the inclusion of these eight digits in the *Íbúaskrá Reykjavíkur* shows that even in 1955, Icelanders’ birth numbers were a matter of public record. Hagstofa sold printed copies of the *Íbúaskrá* to the public at least as early as 1956, describing it as “a most useful handbook for associations, companies, and others who have considera-

22 *Alþingistíðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, pp. 953-954.

ble interaction with the public.”²³ The *Íbúaskrá* was advertised in newspapers at least through 1968²⁴ and paper copies can theoretically still be ordered today, although the data is typically now sold in electronic form through third-party vendors. Anyone can view back issues of the *Íbúaskrá Reykjavíkur* in the National and University Library in Reykjavík (the last printed copy on hand is from 2002), and from the 1980s on the library also holds similar printed registers for other Icelandic municipalities.

Note that the birthdate listed in the 1 December 1954 *Íbúaskrá* was only six digits long. The underlying punch cards, as well, listed only the last two digits of the birth year. Thus they did not formally distinguish between birthdates that are exactly a century apart. Both the birthdates of a person born on January 15, 1953 and a person born on January 15, 1853 would have been listed as 150153. Of course, two such people could be kept separate by receiving different two-digit “birth numbers” just like two people born on the same day of the same year. However, the inability to predict the birthdate from the eight-digit birth number did lead to cases in which municipal authorities sent letters to centenarians inviting them to attend kindergarten.²⁵ After the century number was added into the kennitala in the mid-1980s, it became possible to work out birthdates with complete accuracy.

4. Creating the name number

The birth number was part of the Icelandic National Register from the very beginning. But it was actually a different personal identification number, the so-called name number (Ic. *nafnnúmer*), which first came into broad everyday use throughout Icelandic society. This process started in the early 1960s, and took place despite the fact that the design of the name number system ultimately crippled its ability to serve as an effective identifier and led to its demise.

The key feature of the name number was that it was assigned so that the numerical order of the numbers would replicate the Icelandic alphabetical order of peoples' names.

The National Registry developed the name number in 1959 as an internal tool to solve the technical problem of generating reports in alphabetical order by name. The IBM punch cards that made up the National Register had two control rows and ten rows for the numbers zero to nine. Thus, while numbers could be listed in a transparent way, letters of the alphabet had to be coded with multiple punches. The “unit record machines” that sorted IBM cards mechanically did so into a maximum of twelve stacks. Sorting by number was thus much simpler and quicker than sorting alphabetically. Special Icelandic characters such as *þ* and *ð* made alphabetical proces-

23 “hin mikilvægasta handbók fyrir félag, stofnanir, fyrirtæki og aðra, sem hafa mikil samskipti við almenning” (“Íbúaskrá Reykjavíkur er komin út,” *Morgunblaðið*, 17 July 1956, p. 11).

24 “Íbúaskrá Reykjavíkur komin út,” *Morgunblaðið*, 11 May 1968, p. 12.

25 See for example “Orðin allra kerlinga elst: Tölvun neitaði að trúa aldrinum,” *Þjóðviljinn*, 15 April 1980, p. 16.

sing even more complicated. The advantage of the name number was that it was a quick basis for sorting, and generated card stacks which were conveniently in alphabetic order as well.²⁶

The name number differed from the already-existing birth number and from the future kennitala in that it was inextricably bound to a person's name, not to that person as an entity. So if a person's name changed, their name number had to be changed as well.²⁷ Since women do not change their names at marriage in Iceland, name changes are very uncommon, but they do nevertheless occur.

The name number was assigned only to Icelandic residents 12 years of age and older.²⁸ This age may have been chosen in anticipation of the name number's use on identification cards, an important function of which was to allow teenagers subject to curfew and alcohol laws to prove their age.

Another possible factor is that in Iceland, it is customary to wait days or weeks after birth before making the choice of a child's name public and official. Indeed, parents often delay their own private deliberations about a name until well after the birth. (Since 1991, when the law on names was revised,²⁹ parents have been required to register a child's name before it reaches six months of age.)

Thus, short of forcing an end to this custom, it would have been impossible to assign name numbers to Icelandic residents at birth, since many recipients would have no name and thus no position in alphabetical order for the numerical position of the name number to correspond to. Even if the age at which name numbers were issued were lowered from 12 years to six months (or as soon as a child's name was registered), any name-based numbering system in Iceland would never be able to identify many of the very youngest Icelanders. This meant something important: the name number could never form a comprehensive identification system for all Icelandic residents, only for those over a certain age.

During the early 1960s several other government institutions in Iceland began to use the name number in their internal bookkeeping. These included the payroll departments of the Icelandic government and of the city of Reykjavík, the State Social Security Institute (Ic. *Tryggingastofnun ríkisins*), Sjúkrasamlag Reykjavíkur (a health insurance system in Reykjavík, starting in 1962), and the state tax authorities (starting in 1963).³⁰ The first public use of the name number that the author has found record of occurred in November 1963, when Sjúkrasamlag Reykjavíkur announced in the

26 Óttar Kjartansson, *Upplýsingaiðnaður í hálfu öld: saga Skýrr 1952-2002* (Reykjavík: Skýrr hf., 2002), pp. 42-45; Oddur Benediktsson interview, 8 October 2009; *Alþingistiðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, p. 953; see also Hallgrímur Snorrason. "Endurskipulagning Þjóðskrár," lecture at meeting of Skýrslutæknifélag Íslands, 1 October 1985 (available at <http://hagstofa.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=1733>).

27 *Alþingistiðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, p. 953.

28 *Alþingistiðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, p. 953.

29 Law 37/1991.

30 *Alþingistiðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, p. 953.

daily newspaper *Morgunblaðið* that it was issuing new membership cards. According to the announcement, the cards would list their holder's "nafnúmer," a seven-digit number which would henceforth serve as the membership number. Members would need to keep a note of it.³¹

5. Adding a check digit

In 1963 or 1964, the National Registry lengthened the name number from seven to eight digits by adding a check digit.³² The occasion for this was that Skýrr, the joint organization which managed the data processing systems for the state and for the city of Reykjavík, acquired its first real computer, an IBM 1401.³³ The new eighth digit of the name number was a check digit derived from the other seven digits by a formula. Using the check digit meant that the National Registry was able to reduce the number of errors associated with input and reinput of name numbers. A mistyped digit would result in an incorrect checksum, and the computer would let the operator know.

This was considered so useful that a check digit was also added to the end of each birth number (the six-plus-two-digit number based on the birthdate).³⁴ Given the name number *bcde-fgh* or the birth number *abcdef-gh*, a standard formula gives the check digit *v*.³⁵ First, find the sum $3a + 2b + 7c + 6d + 5e + 4f + 3g + 2h$. Divide this sum by 11 and call the remainder *r*. If $r = 0$, then $v = 0$; if $r = 1$, then the birth number is deemed invalid and a new birth number must be selected; in all other cases, $v = 11 - r$. Table 1 shows two examples.

Table 1. Calculating the check digit in the name number and kennitala.

	Name number	Kennitala
Full form	5 1 8 8 3 5 8 6	1 8 0 1 7 0 2 3 5 9
Multipliers	2 7 6 5 4 3 2	3 2 7 6 5 4 3 2
Products and their sum	10 7 48 40 12 15 16 = 148	3 16 0 6 35 0 6 6 = 72
Remainder mod 11	148 = 13 * 11 + 5, so $r = 5$	72 = 6 * 11 + 6, so $r = 6$
Check digit	$v = 11 - 5 = 6$	$v = 11 - 6 = 5$

31 "Ný samlagsskírteini Sjúkrasamlags Rvíkur," *Morgunblaðið*, 24 November 1963, p. 2.

32 A check digit is a way of reducing the frequency of errors in the entry or transmission of a given sequence of digits or characters, by adding one element to the sequence whose value (the checksum) is calculated from that of the other elements in the sequence. The checksum can be recalculated after a sequence is transmitted, and if the result does not match the value of the check digit, it means that there was a transmission error and the transmission must be repeated.

33 Oddur Benediktsson et al., "Computerisation of the Icelandic state and municipalities from 1964 to 1985," pp. 45-60 of *History of Nordic computing: IFIP WG9.7 first working conference on the history of Nordic computing (HiNC1), June 16-18, 2003, Trondheim, Norway*, edited by Janis Bubenko, Jr., John Impagliazzo, and Arne Sølvénberg (New York: Springer, 2005), section 1.

34 *Alþingistíðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, pp. 953-954.

35 Skúli Guðmundsson interview, 28 November 2008.

Skýrr's new computers were used to print the *Íbúaskrá Reykjavíkur* for the first time in early 1965. Images 5 and 6 show that this edition of the *Íbúaskrá*, which reflects the city's population as of 1 December 1964, looks different from previous editions. The second-to-last column shows the name number in its new eight-digit length (the eighth digit being the check digit), with a hyphen between the fourth and fifth digits. The birth number, previously two digits, becomes three digits long with the addition of the check digit. Notice the new print face as well.³⁶

SÖRLASKJOL 40		508 0400			
1	HELGI ARNASON	3	130489	18	35
2	SIGRUN ÖSSURARDOTTIR	3	060598	04	35
3	HALLDORA HELGADOTTIR	1	250530	55	35
1	ÞOR ÞORSTEINSSON	3	180625	42	50
2	ANNA H SVEINSDOTTIR	3	230831	40	50
3	GUÐRUN ÞORSÐOTTIR	1	280651	33	50
3	EINAR ÞOR ÞORSSON	1	020653	44	50

Image 5: *Íbúaskrá Reykjavíkur* for 1 December 1963 (page 1208).

SÖRLASKJOL 40		8680 0400			
2	HALLDORA HELGADOTTIR	1	250530	-552 43	1 3623-4318 078
1	HELGI ARNASON	3	130489	-184 43	1 3951-1495 078
2	SIGRUN ÖSSURARDOTTIR	3	060598	-045 43	1 7739-8279 078
1	ÞOR ÞORSTEINSSON	3	180625	-429 00	1 9366-0307 080
2	ANNA H SVEINSDOTTIR	3	230831	-408 00	1 0378-8253 080
3	EINAR ÞOR ÞORSSON	1	020653	-442 00	1 080
4	GUÐRUN ÞORSÐOTTIR	1	280651	-338 00	1 3320-7042 080

Image 6: *Íbúaskrá Reykjavíkur* for 1 December 1964 (page 1174), showing the addition of the check digit and of the name number for residents over the age of 12.

6. Maintaining the name number

After the introduction of the name number, the National Registry had its computers print a "name register" (Ic. *nafnaskrá*) each year. The name register listed everyone with a name number as of 1 December of that year. The register was bound (in several volumes) and kept on hand in the Registry's office.³⁷ Because of the design of the system, the name register was conveniently in both alphabetical and numerical order.

A look through the old name registers, still held by the National Registry, helps show the structure of the name number system. After the mid-1960s, the eighth digit of the name number was a check digit, so only the first seven digits were under the designer's full control. The correspondence required between numerical and alphabetical order extended only to first and father's names (or surnames) – middle names were ignored. Each unique pair of first and last names, such as Jón Jónsson, was

36 *Íbúaskrá Reykjavíkur 1. desember 1964* (Reykjavík: Hagstofa Íslands, 1965), compared with *Íbúaskrá Reykjavíkur 1. desember 1963* (Reykjavík: Hagstofa Íslands, 1964).

37 Hallgrímur Snorrason, "Endurskipulagning Þjóðskrár."

assigned a certain range of numbers. A considerable amount of free number space was left at the end of each range. The amount of free space apparently depended on the prevalence of the name at the time, although the author has not found any information on the precise method used.

Within this number range, Jón Jónsson, Jón Gunnar Jónsson, and Jón Þór Jónsson could appear in any order (in practice, it appears that they were listed in the order of birth, at least originally). It seems that the set of numbers assigned to a given combination of first and last names was never consecutive (e.g. 1234-567, 1234-568, 1234-569, ...) but rather skipped every other number (e.g. 1234-567, 1234-569, 1234-571, ...) with the intervening numbers at least initially left unassigned.

When young Icelanders turned twelve, they needed to be assigned name numbers for the first time. Notations in the name registers (such as those illustrated in Image 7) indicate that at least in the earlier years of the system, a free number was found, the assignment was written by hand into the master copy of the name register, and then the names were added to the punch-card database once a year. The free number, of course, had to conform with the requirement for a correspondence between numerical and alphabetical order.

The image shows an open register of names and firms for 1 December 1970. The left page contains handwritten entries for Sigurður Sigurðsson, with columns for name, address, and phone number. The right page contains printed entries for various firms, including Sigurður Sigurðsson, Sigurður Einar Sigurðsson, and Sigurður H. Sigurðsson, with columns for name, address, and phone number.

Name	Address	Phone Number
7897-481	Sigurður Sigurðsson	210100 7502
7897-482	Si - Björn	030460 0280
7897-485	Si - Jón	170260 5100
7897-487	Si - Jónat	300460 9701
7897-489	Si - K	070560 1601
7897-491	Si -	170060 0280
7897-493	Si - Þorvald	170060 0280
7897-495	Si - Þorvald	030560 0280
7897-497	Si - Þorvald	100760 2195
7897-499	Si -	031160 0280
7897-501	Si -	241760 02100

Name	Address	Phone Number
7897-4436	SIQURÐUR P. SIQURÐSSON	1 170259-400 SIQURÐUR 44
7897-4492	SIQURÐUR SIQURÐSSON	1 240258-292 BARMALÍD 27
7897-4479	SIQURÐUR ERNÍ SIQURÐSS	1 180258-292 MULTIGEIRI 26
7897-4490	SIQURÐUR SIQURÐSSON	1 180258-455 MELSGRÁ 17
7897-4517	SIQURÐUR SIQURÐSSON	1 250258-388 ÞORUNARSTRÆTI 121
7897-4533	SIQURÐUR VALUR SIQURÐSS	1 250258-655 HÖLSTADHÖLLEI 42
7897-4508	SIQURÐUR SIQURÐSSON	1 170258-332 NORRVAÐUR 22
7897-4576	SIQURÐUR G. SIQURÐSS OG MEI	1 100258-484 HREKAT 87 97
7897-4592	SIQURÐUR ÞORVALD SIQURÐSS	1 270259-501 HÁRER 41
7897-4614	SIQURÐUR SIQURÐSSON	1 100258-548 VÖRÐREISTARH
7897-4630	SIQURÐUR RÍLI SIQURÐSSON	1 080258-593 MULTIGEIRI 20
7897-4657	SIQURÐUR B. SIQURÐSSON	1 240258-271 ALTAFTAN 50
7897-4673	SIQURÐUR DMAR SIQURÐSS	1 270259-220 AUSTURVEIÐ 47
7897-4705	SIQURÐUR ÖNN SIQURÐSSON	1 110259-320 HALLGRÓI 20
7897-4711	SIQURÐUR RÖR SIQURÐSSON	1 160258-275 HÖLSTADHÖLLEI 48
7897-4734	SIQURÐUR AUGUST SIQURÐSS	1 171159-440 NÖNNUSTEIG 8
7897-4734	SIQURÐUR EINHAR SIQURÐSS	1 121259-400 SAFARVÍ 45
7897-4770	SIQURÐUR B. SIQURÐSSON	1 281259-474 SIQURÐAUGV VIGIVELLIR
7897-4772	SIQURÐUR DL SIQURÐSSON	1 301259-244 THUGATA 10
7900-1937	SIQURÐUR SIQURGEIRSSON	3 281259-004 LUNÐARHERRA 1
7900-1938	SIQURÐUR SIQURGEIRSSON	3 270259-244 THUGATA 12
7900-1998	SIQURÐUR SIQURGEIRSSON	3 060258-274 SIQURÐAUGUR 111
7900-1998	SIQURÐUR SIQURGEIRSSON	3 310258-295 NUNNUGATA 42
7900-2011	SIQURÐUR SIQURGEIRSSON	1 020258-438 HAFNARGATA 160
7900-2038	SIQURÐUR A. SIQURGEIRSS	1 290258-400 STORAGREIÐ 26
7900-2094	SIQURÐUR H. SIQURGEIRSS	1 101028-794 HIRNARVÍ 29
7900-3964	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 180260-209 HARBELLI
7900-3980	SIQURÐUR SIQURJONSS	1 290260-311 HELLISARVÍ 11
7900-4006	SIQURÐUR SIQURJONSSON	1 190260-249 BRÖSS
7900-4022	SIQURÐUR G. SIQURJONSSON	3 280260-310 ÞORUNARSTRÆTI 21
7900-4022	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 200400-276 HÖLSTADHÖLLEI 16
7900-4025	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 240260-200 HÖLSTADHÖLLEI 15
7900-4081	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 060260-178 ÞYSSALAVÉUR 10
7900-4103	SIQURÐUR M. SIQURJONSS	3 030260-251 FAGNARHÖN 16
7900-4129	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 050260-229 AUSTURVEIÐ 31
7900-4146	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 040260-255 KULBEIÐSTADIR 1
7900-4182	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 230260-320 HATFELTVEIÐ 20
7900-4182	SIQURÐUR SIQURJONSS	3 070260-272 HAFNARGATA 20
7900-4200	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 030260-250 TEIÐAGREIÐ 12
7900-4227	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 030260-189 VEGMÖT
7900-4278	SIQURÐUR H. SIQURJONSS	3 170260-917 HÖLSTADHÖLLEI 10 40
7900-4288	SIQURÐUR P. SIQURJONSS	3 071159-214 HAFNARGATA 1
7900-4294	SIQURÐUR S. SIQURJONSSON	3 190260-348 SKIÞASUNN 14
7900-4300	SIQURÐUR SIQURJONSS	3 150260-113 JONFARNAKI 4
7900-4324	SIQURÐUR SIQURJONSSON	1 040260-280 SHARATUN 9
7900-4340	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 121044-498 RAUÐALUR 19
7900-4367	SIQURÐUR SIQURJONSSON	3 121044-498 RAUÐALUR 19
7900-4383	SIQURÐUR E. SIQURJONSS	3 250445-245 KRÖGGARVÍ 12

Image 7: The register of names and firms for 1 December 1970. The handwritten additions on the left-hand page show the name numbers for all of the Sigurður Sigurðssons in Iceland who were about to turn twelve.

To anyone with experience of numbering systems design, requiring this kind of principled relationship between the numerical order of the numbers and the alphabetical order of the names of their possessors is a recipe for disaster. In general, the more robust the iconic principle in a numbering system, the more quickly its numbering space will be exhausted.³⁸ Indeed it took only about fifteen years for the name

38 Ian Watson, "Cognitive design: creating the sets of categories and labels that structure our shared experience" (Ph.D. dissertation, Rutgers University, 2005), section 4.4.

number system to break down, even though it was theoretically able to accommodate ten million individuals.

In retrospect, the National Registry's creation of the name number system – which involved a considerable amount of maintenance work and was destined to break down very quickly – feels unfortunate, given that it already had a perfectly workable system (the birth number) which identified all Icelanders uniquely. On the other hand, these days, most of us own computers that can sort the entire National Register in a matter of a few seconds. It is easy for us to forget that the technical limitations of computer processing and output in 1959 really were so narrow that it was worth developing and maintaining an entirely new numbering system in order to be able to output data in alphabetical order without a complicated sort procedure.

7. Identity cards: individuals learn their name number

In 1965, not long after the name number came into use, the National Registry started issuing identity cards (Ic. *nafnskírteini*) to all residents over the age of twelve. A mix of factors spurred the introduction of identity cards. The two most crucial and clearly stated reasons were the desire to make Icelanders aware of their name number so that they could use it to identify themselves, and the perceived need for an identity card which young Icelanders could use to prove their age in situations involving alcohol or curfews.³⁹ The cards were issued at the age of 12, at the same time as the name number was assigned.

The proposal to introduce identity cards for all individuals 12 years and older in Iceland was put before the Icelandic Parliament on 4 March 1965 and passed without controversy⁴⁰ as law 25/1965 on 21 April. It came into effect on 12 June. On 24 June *Morgunblaðið* printed a press release from Hagstofa announcing that the cards, numbering about 140,000, were finished and could be picked up.⁴¹

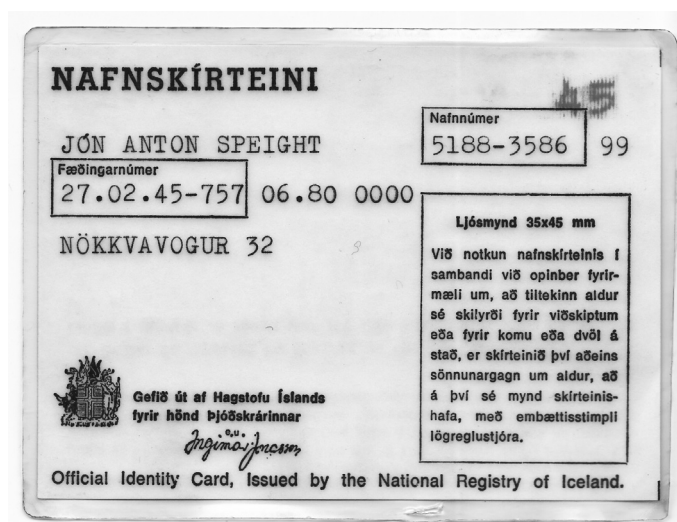


Image 8: Identity card for Jón Anton Speight. The card, which dates from 1980, lists both his name number and birth number.

39 *Alþingistíðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, pp. 954; "Nafnskírteini fyrir einstaklinga 12 ára og eldri," *Morgunblaðið*, 5 March 1965, p. 8; "Nafnskírteini afhent þeim sem vilja í næstu viku," *Morgunblaðið*, 24 júní 1965, pp. 2-3.

40 See the discussion of the bill in *Alþingistíðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section B, pp. 771-778.

41 "Nafnskírteini afhent þeim sem vilja í næstu viku," *Morgunblaðið*, 24 June 1965, pp. 2-3.

As well as including the name number, the identity cards were to list the holder's birth date,⁴² and by 1980 when the card in Image 8 was generated the whole birth number was included. Young people especially were encouraged (but not required) to bring a photograph which could be affixed to the card. No one was required, either, to carry the card with them at all times. There were, however, benefits to having a photograph and carrying the card in particular circumstances: principally the ability to prove one's age, for example when buying alcohol.⁴³ The law on identification cards also allowed public institutions who used the name number in their own databases to require that the identity card be presented in all dealings with them.⁴⁴ For example, the identity card was required when picking up social security payments at the office of the State Social Security Institute (Ic. *Tryggingastofnun ríkisins*).⁴⁵

The identity card was the final step in the transformation of personal numbering in Iceland from something that happened behind the closed doors of a government institution to something that had coordinative value for the entire society. By issuing cards to everyone, adorned with a number that they were supposed to remember or at least present in various contexts, and by encouraging databases maintained by public and private institutions to use that number as a key, the idea of a new type of identifier – a new kind of name for Icelanders, really – was institutionalized throughout society and not just as a limited technical tool. The identity card gave the name number semantic and coordinative force. It changed it from an obscure database key into an identification system that was a social convention and a social fact. And this was done deliberately – it was explicitly recognized and planned by the authors of the law on identity cards and described in the supporting documents attached to the proposed law:

It is not possible to speak of making complete use of the name number or any other comparable identification number, unless every individual knows their number and can prove what it is whenever necessary. This can only come about if every person receives an identity card showing the cardholder's name number [...]⁴⁶

They went on to correctly predict the use of the name number in payroll and taxation matters, as a customer ID number for companies and institutions, in the payment of social benefits, as a database key by which the National Registry could

42 *Alþingistiðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, p. 950.

43 *Alþingistiðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, p. 957.

44 *Alþingistiðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, p. 951; "Nafnskírteini afhent þeim sem vilja í næstu viku," *Morgunblaðið*, 24 June 1965, pp. 2-3.

45 "Nafnskírteini og fjölskyldubætur," *Morgunblaðið*, 26 February 1966, p. 4.

46 *Alþingistiðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, p. 954. "Hins vegar getur ekki orðið um að ræða fulla hagnýtingu nafnnumers eða annars hliðstæðs auðkennisnumers, nema hver einstaklingur þekki sitt númer og geti hvenær sem þörf gerist sannað fyrir öðrum, hvert það sé. Svo getur því aðeins orðið, að gefið sé út nafnskírteini til hvers og eins, þar sem tilgreint er nafnúmer skírteinishafa [...]"

offer service to associations to update address data for their members, and in keeping criminal records.⁴⁷

8. The name number takes hold

Over the next ten to fifteen years, newspaper sources show the use of the name number penetrating into every aspect of daily life in Iceland. Using the name number to identify people seems to have caused no controversy at the time, and its acceptance laid the groundwork for the equally widespread use of the kennitala after it succeeded the name number in the late 1980s.

The examples in Table 2 were found using the every-word indices to the Icelandic newspapers *Morgunblaðið* and *Dagur*. They do not necessarily represent the first time the name number was requested in a particular context, just the earliest mention that turned up in the search.

Table 2. Progressive use of the name number in everyday life.

Year	Type of use	Source
1967	name number required by one of Iceland's banks as an identifier for the parties to loans	<i>Morgunblaðið</i> , 4.2.1967, p. 27
1970	name number used in library circulation records	<i>Dagur</i> , 16.9.1970, p. 5
1972	an example of what ultimately became a common practice in Iceland of signing letters to the editor with one's name number	<i>Morgunblaðið</i> , 30.3.1972, p. 28
1972	name number requested on a form for subscribing to book series	<i>Morgunblaðið</i> , 5.4.1972, p. 20
1972	name number required when registering at the University of Iceland	<i>Morgunblaðið</i> , 28.6.1972, p. 29
1975	name number used for registering at secondary school	<i>Dagur</i> , 29.8.1975, p. 3
1975	name number required when purchasing an insurance policy	<i>Dagur</i> , 3.12.1975, p. 1
1976	name number used when registering older children in sports clubs	<i>Dagur</i> , 3.11.1976, p. 7
1977	name number required when paying municipal fees in Akureyri starting on 1 January 1978	<i>Dagur</i> , 23.12.1976, p. 5
1978	name number used in workplace time clocks at Útgerðarfélag Akureyringa	<i>Dagur</i> , 20.10.1978, p. 1
1978	increased and coordinated use of name number in the banking system	<i>Dagur</i> , 7.11.1978, p. 3

47 *Alþingistíðindi*, 85. löggjafarþing (1964-1965), section A, pp. 954-956.

These newspaper citations give no evidence of any particular controversy in introducing the name number into these varied spheres of record-keeping. They only show that in some cases it took a small amount of effort – namely a formal announcement – to get people used to the idea of using their name number in a given context.

While the name number spread, Iceland's identity cards did not catch on. Although they are still issued (now at the age of 14 and with the kennitala on them instead of the name number; see Image 9), they are not a part of everyday Icelandic life. No one carries them or expects others to. People use driver's licenses or credit and debit cards (which carry the cardholder's kennitala and photo) if they need to prove their identity. At least in practice, one can say that Iceland is currently a country which does not have a national identity card.

Parallel with the name number, Iceland's corporate register (*Ic. fyrirtækjaskrá*) was created in 1969. Just as each person had a name number, each company was given one as well. Indeed, the corporation numbers were pulled from the same number space as the name numbers, using the same alphabetic principles. It was thus not possible to tell from a given eight-digit number whether the holder was a private individual or a corporation. The corporate register was originally maintained by Hagstofa, but was later transferred to the state tax authorities (*Ic. Ríkisskattstjóri*).⁴⁸

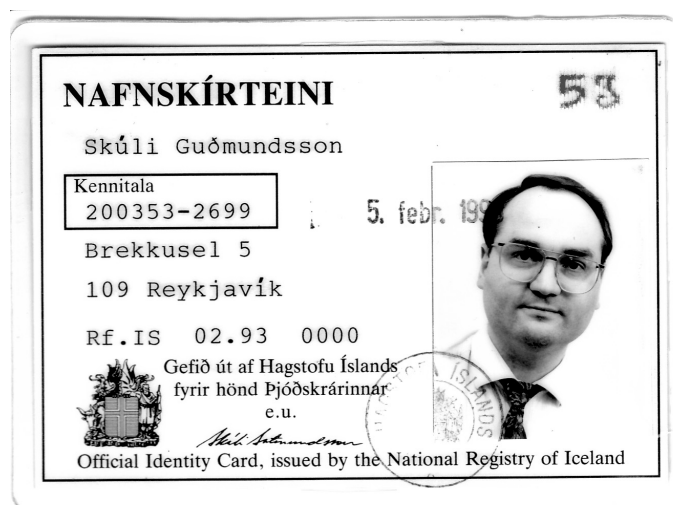


Image 9: Name card for Skúli Guðmundsson, current head of the National Registry. This card, issued in 1993, shows the kennitala rather than the name number.

9. The kennitala replaces the name number

The biggest problem with the name number system was that it exhausted the available number space very quickly.⁴⁹ In a speech and a newspaper interview in 1985,⁵⁰ the newly appointed director of Hagstofa, Hallgrímur Snorrason, explained that all the problems boiled down to one thing: the requirement that there be a rela-

48 Jón Þór Þórhallsson and Jón Zóphoniásson, "Tölvuvinnsla Hagstofunnar," pp. 247-257 of Sigurður Snævarr, ed., *Klemensarbók: afmælisrit Klemensar Tryggvasonar* (Reykjavík: Félag viðskiptafræðinga og hagfræðinga, 1985), pp. 250-251; Guðni Baldursson interview, 7 November 2007; Hallgrímur Snorrason interview, 29 October 2009.

49 On exhaustion, see Ian Watson, "Cognitive design: creating the sets of categories and labels that structure our shared experience" (Ph.D. dissertation, Rutgers University, 2005), section 4.4.

50 Guðrún Guðlaugsdóttir, "Þjóðskráin er undirstaða stjórnsýslu í landinu," *Morgunblaðið*, 21 April 1985, pp. B18-19; Hallgrímur Snorrason, "Endurskipulagning Þjóðskrár."

tionship between the numerical order of peoples' name numbers and the alphabetical order of their names, something which the author has elsewhere called a "mapping."⁵¹ Numbers had to be chosen so that numerically based sorting would also generate an alphabetically sorted list.

By the 1980s, it had sometimes become impossible to find unused numbers which fulfilled this condition. Apparently, part of the problem was that the allotment of numbers and free space in the original system had been based on a statistical analysis of the popularity of given names in Iceland. Since naming fashions change, this allotment no longer fit the current distribution. Hallgrímur Snorrason mentioned "Linda" as an example of a name which was not popular in the 1950s but became common during the 1970s and 1980s. Hagstofa had started to have to reuse the numbers of people who had died, which was not an ideal situation, and the situation in the corporate register was even worse.⁵²

Two other problems with the name number system also involved inefficiencies stemming from the mapping requirement. First, whenever anyone had their name legally changed, this required changing their name number as well. Second, newborn children, who in Iceland (as explained above) traditionally do not receive a name for some days or weeks, could not be assigned a name number until they had a name to base it on. Iceland's health care system dealt with babies' lack of a name number by using the birth number instead, which meant, as Hallgrímur explained at the time, that the country was in effect using a double numbering system.⁵³ Yet the limitations on computing power which had led to the creation of the name number were a thing of the past.

Interviewed in 2008, Hallgrímur mentioned two other reasons why the system had to be changed.⁵⁴ One was that the practice of reusing the name numbers of deceased individuals had led to several unfortunate incidents in which a number's new and old owners were mixed up. Hallgrímur showed the author a letter that he wrote in 1986 to a teenager whose name number needed to be changed. In the letter, he explained that "another person, who died a few years ago, had this number before you. This person's estate has still not been settled and so the number is still being used in connection with its former owner."⁵⁵

The other reason was that people had discovered that one could cheat the system in order to rid oneself of personal debt. By changing one's name – a perfectly legal procedure – one received a new name number, and if one then applied for new

51 Ian Watson, "Cognitive design," section 4.

52 Hallgrímur Snorrason interview, 5 February 2008.

53 Guðrún Guðlaugsdóttir, "Þjóðskráin er undirstaða stjórnsýslu í landinu," *Morgunblaðið*, 21 April 1985, pp. B18-19; Hallgrímur Snorrason, "Endurskipulagning Þjóðskrár."

54 Hallgrímur Snorrason interview, 5 February 2008.

55 "á undan þér atti þetta númer annað maður, sem dó fyrir nokkrum árum. Dánarbú þessa manns hefur ekki verið gert upp enn og því er númerið enn í notkun í tengslum við fyrri eigenda." Letter dated 15 January 1986. Courtesy of Hallgrímur Snorrason.

loans from a bank, one's previous loans (linked to the old name number) were not easily traceable.

In spring 1985, Hallgrímur told the Icelandic media that the National Registry was still considering two possible solutions. A “frozen” name number system would remove the requirement for a mapping between numerical and alphabetical order but would allow people to keep current numbers. A birthdate-based system, using the birth number that the National Registry had assigned since its beginnings, would be superior in design terms, but everyone would have to get used to using a different number and computers would have to be reprogrammed on a grand scale.⁵⁶

By October 1985, the National Registry had decided to use the birthdate-based system. Hallgrímur explained that two major factors in the decision were that the birth number was already in existence, and that birthdate-based systems had been in use in the other Nordic countries for many years without controversy.⁵⁷ The birth number was, of course, already in use in the Icelandic health care sector, where the new system represented more continuity than change.⁵⁸

At that point, the birth number consisted of a six-digit birthdate, two digits to distinguish among people born that day, and a check digit. Still unresolved was whether the first two digits of the birth year (millennium and century) would somehow be indicated in the number. Hallgrímur himself said he had been in favor of including all four digits of the year in the new number (thus replacing, for example, 501231-987 with 19501231-987). The problem with that was that the lengthened birth number's checksum would not match the current check digit. The solution ultimately chosen was to add one digit, representing the century, but to put it at the very end of the number (i.e., 501231-9879), thus underscoring that it was not included in the checksum calculations. This allowed the National Registry to avoid having to change any of the existing digits in the system.⁵⁹

The change caused concern, particularly among people in the computer field, that the reprogramming and administrative work involved would be extremely costly. At a meeting in Reykjavík on 13 May 1986, two associations, the Icelandic Society for Information Processing (Ic. *Skýrslutæknifélag Íslands*) and the Icelandic Chamber of Commerce (Ic. *Verslunarráðið*), passed a resolution asking Hagstofa to reconsider its decision. Ragnar Pálsson said that the change would cost the then-powerful Federation of Icelandic Cooperative Societies (Ic. *Samband íslenskra samvinnufélaga*, or SÍS) two man-years. Some predicted that the total cost of change would be 100 to 200 million crowns.⁶⁰

56 Guðrún Guðlaugsdóttir, “Þjóðskráin er undirstaða stjórnsýslu í landinu,” *Morgunblaðið*, 21 April 1985, pp. B18-19.

57 Hallgrímur Snorrason interview, 5 February 2008.

58 See “Kennitölur verða á skattframtölunum,” *Morgunblaðið*, 18 December 1986, p. 49.

59 Hallgrímur Snorrason, “Endurskipulagning Þjóðskrár.”

60 “Hagstofan taki afnám nafnnúmera til endurskoðunar,” *Morgunblaðið*, 15 May 1986, p. 2; see also a letter to the editor whose author is identified only by the name number 1111-2226, “Spörum nafn-

Another criticism, voiced at the May 1986 meeting by University of Iceland computer science professor Oddur Benediktsson, was that the new number contained information that was too personal, namely the birthdate.⁶¹ This issue would resurface again in 2004 (see section 14).

Hallgrímur Snorrason responded to the criticisms at the May 1986 meeting by saying that although the resolution criticizing the kennitala would be discussed at Hagstofa, he did not consider that anything new had come forward at the meeting which would undermine the rationale for the change.⁶²

One of the last details to be taken care of was a name for the “new” number. The existing name, the birth number (Ic. *fæðingarnúmer*) was considered unattractive. In December 1986, *Morgunblaðið* published a press release from Hagstofa explaining that the new identification number would be called the *kennitala*, a name chosen over other possibilities such as *auðkennisnúmer*, *persónunúmer*, *eigintala*, *einkatala*, *mannatala*, *sértala*, *mark*, *tölnafn* and *tölunafn*.

The same press release explained that the year 1987 would be an adjustment period, with both the name number and the kennitala in somewhat overlapping use.

Starting on 1 January 1988, only the kennitala would be used.⁶³

Public education during 1987 was an important part of getting people to change from the name number to the kennitala. In early February, Hagstofa paid for a two-color announcement in *Morgunblaðið* (Image 10) reminding people of the changeover.⁶⁴ If people did not already know their kennitala, they would find it preprinted on their tax returns. On 12 December 1987, the state tax authorities took out a notice in *Morgunblaðið* reminding employers that all withholding slips sent in to them in January 1988, for salaries paid during the year 1987, needed to list the kennitala, not

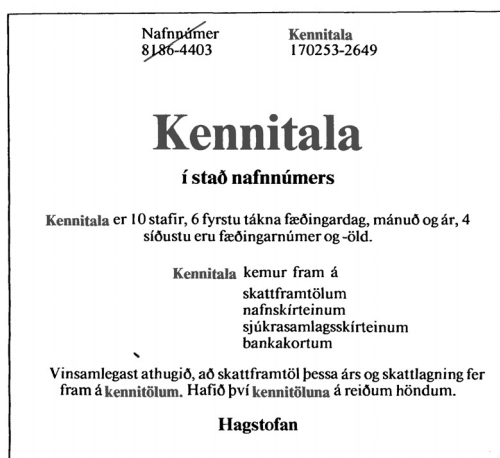


Image 10: Newspaper advertisement about the kennitala.

númeramilljónir,” *DV*, 23 May 1986, p. 11.

61 “Hagstofan taki afnám nafnnúmera til endurskoðunar,” *Morgunblaðið*, 15 May 1986, p. 2; see also Kristján Ingvarsson, “Kennitala í stað nafnnúmers: hagræðing eða persónunúmsnir?” *DV*, 24 April 1987, p.13.

62 “Hagstofan taki afnám nafnnúmera til endurskoðunar,” *Morgunblaðið*, 15 May 1986, p. 2. The author’s experience is that the deep entrenchment of numbering systems in society always makes it difficult to change them by fiat, regardless of technical concerns. Resistance to change in a widespread convention is typical, and often involves a mixture of rational arguments and instinctive opposition. See Ian Watson, “Cognitive design: creating the sets of categories and labels that structure our shared experience” (Ph.D. dissertation, Rutgers University, 2005), section 6.5.

63 “Kennitölur verða á skattframtölunum,” *Morgunblaðið*, 18 December 1986, p. 49.

64 See for example *Morgunblaðið*, 10 February 1987, p. 28.

the name number.⁶⁵ On 20 December 1987 the Ministry of Finance had a notice printed in *Morgunblaðið* reminding people that in the new year, anyone paid by the state treasury would have to be identified by kennitala, not name number.⁶⁶

One of the difficulties encountered during the switch was the problem of unofficial or “artificial” name numbers (Ic. *gervinafnnúmer*). The issue (which has not gone away⁶⁷ and which the author knows well from administering student exchange programs in Iceland) is that when a social transaction requires that one of the participants be identified by number, it can become difficult to process transactions involving people who, for the perfectly innocent reason that they are not Icelandic, do not have an Icelandic identification number. It is, however, possible to fool the system (particularly computer systems) and process the transaction by giving those participants a number which has the same form as the identification number but which does not have any “official status,” or in other words, is not listed in the official database of identification numbers.

According to Hallgrímur Snorrason, this practice had become recognized enough that certain Icelandic institutions, such as the state tax and customs authorities, had been allotted sections of the name number space to use for unofficial identification numbers (these began with sequences such as 97 and 99). Other institutions, though lacking official authorization to create artificial numbers, had nonetheless created them to a considerable degree. Although this practice was well known before the change from name number to kennitala, it turned out to be a much bigger problem than had been expected. For example, the government employee pension database listed several hundred contributors who were identified by unofficial name numbers. Often these were foreigners who had come to Iceland, begun work, and made contributions without receiving a proper name number. Such cases required much research and housecleaning work by the institutions involved.⁶⁸

At the same time as the changeover from the name number to the kennitala, Icelandic corporations also received new identification numbers. These numbers have the same form as the kennitala, but are based on the founding date of the company instead of the birthdate. The day is increased by 40, though, which makes it possible to tell a corporate kennitala from an individual kennitala at a glance.

10. The kennitala in the Internet age

The kennitala quickly took over the social role of the name number, and the name number was slowly forgotten. But as consciousness of data protection and privacy issues grew in Iceland, the kennitala became more controversial. This controversy peaked in the first few years of the 21st century.

65 *Morgunblaðið*, 12 December 1987, p. 65.

66 *Morgunblaðið*, 20 December 1987, p. C41.

67 See, for example, “Flest barnanna komin í skóla á Ísafirði,” *Morgunblaðið*, 9 July 2006.

68 Hallgrímur Snorrason interview, 5 February 2008.

In 1981, Iceland passed its first law on data protection (law 63/1981). Updated versions of the law were passed in 1985 (39/1985) and in 1989 (121/1989).⁶⁹ During the 1980s, both paper and computer databases were expensive to run and maintain and were held mostly by large institutions and corporations. Accordingly, these three laws concerned themselves primarily with regulating the use of databases in contexts where there was a public interest in limiting large organizations' access to personal information. These contexts included the medical, insurance, financial, and direct marketing sectors. One major thrust of the laws was to stop anyone from combining databases from different sectors or institutions to create larger databases with a wide range of information about any given person. A three-person Computer Committee (Ic. *Tölvunefnd*) was created to oversee the application of the law. The Computer Committee's approval was needed for various operations involving databases containing personal information.⁷⁰

However, these laws did not regulate use of the name number or kennitala. The viewpoint expressed in these laws is that the name number and the kennitala are identifiers, like names, rather than personal information, like someone's height or fingerprint. One section (article 6 in the 1989 version) defined the name number and the kennitala as belonging, along with a person's name and address, to a class of basic public information about people which is outside the realm of sensitive "personal information."

The opening article of each of these laws specifically recognized that the name number, the kennitala, a person's actual names, and other "index numbers" have an onomastic and referential function: they are ways of referring to and labeling people. For instance, article 1 of the 1989 law stated that:

The provisions of this law relate to information about the private affairs of particular individuals, who, if they are not actually named, are identified by name number, kennitala, or any other index number, the holder of which can be traced with or without a key.⁷¹

11. The 2000 law: a change in tone

In the 1980s most computers stood alone without any linkages to others, but by the end of the century, most Europeans had a computer and most were connected to the Internet. Computer-related privacy issues became more and more important. The critical voices of people who saw dangers in the use of national identification numbers became louder.

69 These laws and others cited in this article are available on the Alþingi web site (althingi.is).

70 On this period, see also Oddur Benediktsson, "Skýrslutæknifélag Íslands 25 ára," *Morgunblaðið*, 6 April 1993, p. 55.

71 "Ákvæði laganna eiga við um upplýsingar um einkamálefni er varða tiltekinn aðila, þótt hann sé ekki nafngreindur, ef hann er sérgreindur með nafnnúmeri, kennitölu eða öðru skráningarauðkenni sem unnt er að persónugreina með eða án greiningarlykils."

The most common line of criticism drew attention to the numbers as one of the tools by which larger and more dangerous databases can be assembled out of smaller ones. The argument here is that precisely because the kennitala (or its equivalent in other countries) is a standard, publicly available identifier that can be used by any database, it is actually too powerful a tool. Specifically, by having a standardized key like the kennitala for databases focused on people, it becomes a very easy programming task to combine multiple databases. Governments and corporations can then assemble undesirably thorough amounts of information on people, including sensitive data on their health or shopping habits. This information can be used for socially malignant purposes, such as covert surveillance, racial discrimination, discriminatory pricing, or security measures based on behavioral profiling. Public policy should, therefore, work to limit the ability to create such databases. According to this line of thinking, the social imperative is *not* to make personal identification easy and open, but rather to scramble and defeat (or at least hinder) any expanded capability to link standardized identifiers with data about people. One way to do this is simply to limit use of a standardized identifier, even though it is the information contained in databases, not the identifier *per se*, that is a threat.⁷²

These issues came home to many Icelanders as the country was consumed by an acrid debate about a private company called Decode Genetics. The question was whether Decode should be given access to Icelanders' health records and DNA profiles in order to carry out research on the links between genetics and disease. In this debate, an important issue was, if access were allowed, who would have access to individuals' identities.⁷³

Meanwhile, a 1995 European directive required that EU and EFTA member states pass laws about the use of personal identification numbers.⁷⁴ The next revision

72 Scholars who have expressed this kind of concern about databases include Oscar H. Gandy, *The panoptic sort: a political economy of personal information* (Boulder: Westview, 1993); David Lyon, ed., *Surveillance as social sorting: privacy, risk, and automated discrimination* (London: Routledge, 2003); Ross Anderson et al., *Database state* (Water End, York: Joseph Rowntree Reform Trust, 2009). The link between databases and identifiers is made explicit in Roger Clarke, "Human identification in information systems: management challenges and public policy issues," *Information Technology & People* 7, 4 (December 1994): 6-37 (available at <http://www.rogerclarke.com/DV/HumanID.html>).

73 Much has been written about this controversy. For a brief and easily accessible journalistic introduction to the debate as it stood at the time of the 2000 data protection law, see Sarah Lyall, "A country unveils its gene pool and debate flares," *New York Times*, 16 February 1999. A scholarly, but highly partisan treatment is Michael Fortun, *Promising genomics: Iceland and deCODE Genetics in a world of speculation* (Berkeley: University of California Press, 2008). A shorter treatment is Sigurður Gylfi Magnússon, *Wasteland with words: a social history of Iceland* (London: Reaktion Books, 2010), pp. 250-253.

74 European Union, "Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data," Article 8, section 7 (available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:EN:HTML>); see also "Um 10. gr." in Alþingi, 125. lög-gjafarþing 1999–2000, þingskjal 399 (available at <http://www.althingi.is/altext/125/s/0399.html>).

of Iceland's data protection laws, passed in May 2000 as law 77/2000, thus made much more specific reference to the kennitala, and it took some of the critical voices into consideration.

The 2000 law included an entire, if rather short, article devoted to the kennitala and setting out a completely new policy direction. The article states:

Article 10. Use of the kennitala.

The use of the kennitala is permitted if such use has an objective purpose and is necessary to ensure certain personal identification. The Icelandic Data Protection Authority may forbid or require the use of the kennitala.⁷⁵

There were two new features in this law. First, the law no longer referred to or categorized the kennitala as an innocuous name-like identifier. The 1980s laws had expressed the idea that the kennitala doesn't contain any personal information, is just a name, and is thus outside the sphere of sensitivity. The 2000 law regards the kennitala as sensitive enough to regulate, most likely because of its potential use in linking databases, and perhaps also on the grounds that it contains personal information (its holder's birthdate).

Secondly, the law instituted a mechanism for regulating and limiting the use of the kennitala, which presumes that there are circumstances in which it should not be used. Crucially, the law left considerable room for interpretation in deciding what these limits should be. The power to interpret article 10 and to restrict or require use of the kennitala was placed in the hands of a new Icelandic Data Protection Authority (Ic. *Persónuvernd*), which was the successor to the Computer Committee established by the laws of the 1980s.

The law essentially gave the Data Protection Authority the role of asking and answering the question of whether the use of the kennitala is really objectively necessary in various contexts – in other words, whether it is objectively necessary to identify someone uniquely by kennitala when they are purchasing a pizza, or exchanging foreign currency, or visiting the doctor.

On 1 June 2000, shortly after the passage of the law, *Morgunblaðið* published an article based on an interview with Sigrún Jóhannesdóttir, head of the Computer Committee and soon to become the first head of the Data Protection Authority. Sigrún called the kennitala “overused” and said that in some cases its inclusion in databases was an “obvious threat” to privacy. The article said that after the new law on data protection took effect at the end of the year, the overuse of the kennitala would end.⁷⁶

75 “10. gr. Notkun kennitölu.

“Notkun kennitölu er heimil eigi hún sér málefnalegan tilgang og sé nauðsynleg til að tryggja örugga persónugreiningu. Persónuvernd getur bannað eða fyrirskipað notkun kennitölu.”

76 “Lög um persónuvernd draga úr ofnotkun kennitölu,” *Morgunblaðið*, 1 June 2000 (available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=538647).

In restraining the use of the kennitala, and also in removing the reference to the similarity between the kennitala and personal names, the 2000 law shows a considerable degree of suspicion towards the kennitala and sympathy for the lines of criticism summarized above. But rather than marking a new period and a new resolution, the law was the beginning of a period of heated debate, which ultimately saw only minor change in the use of the kennitala.

12. Increasing public debate on the kennitala

During the years after the law's passage, a clear difference of opinion emerged in public statements about the kennitala. The Data Protection Authority and its director Sigrún Jóhannesdóttir spoke out repeatedly against the kennitala, calling it dangerous and overused. Hagstofa and its director, Hallgrímur Snorrason, emphasized the practical value of the kennitala and doubted that it was really as dangerous as some claimed. The result of this polite difference of opinion was a compromise in which use of the kennitala and access to it was somewhat restricted, but the system in its basic form remained unchanged.

One could call these two perspectives the “protectionist” perspective and the “pragmatist” perspective, respectively. The pragmatist perspective is interests-based and favorable towards the kennitala, seeing it as practical and useful. The protectionist perspective is more rights-based and would like to limit use of the kennitala, seeing it as a threat to privacy. Those expressing the pragmatist perspective in Iceland have tended to be actually involved with the bureaucratic oversight of the kennitala system, whereas those expressing the protectionist perspective have tended to be interested in privacy and data protection issues.

One of the first exchanges in this debate came at a meeting at Hótel Loftleiðir in Reykjavík on 19 October 2000, after the passage of the 2000 law but before it took effect. Presenters put forth the full range of views. Many criticized the kennitala as overused. A representative of Mannvernd, a group initially founded to oppose the unrestricted use of Icelanders' medical records in genetic research, said that “Many profit from the use of the kennitala, but never the people who themselves are numbered. The kennitala is, for individuals, actually unnecessary.”⁷⁷ In response, Hallgrímur Snorrason called the idea that individuals did not need a kennitala “absurd” (*út í hött*) and said that the kennitala was not only used to record peoples' debts but also their assets.⁷⁸ In saying this, Hallgrímur was using arguments similar to those put forth by scholars who see civil registration as a process which advances human rights.⁷⁹

77 “Margir hefðu hag af notkun hennar en eiginlega allir aðrir en þeir sem bæru hana. Hún væri í raun óþörf fyrir einstaklinginn.”

78 “Hagstofustjóri telur kennitöluna ofnotaða,” *Morgunblaðið*, 20 October 2000 (available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=565958).

79 See Simon Szreter, “The right of registration: development, identity registration, and social secu-

The debate reached its peak in 2004. Early in January, *Morgunblaðið* published an article based on an interview with Sigrún Jóhannesdóttir. In the interview, she said that the “widespread usage of the kennitala in Iceland has been a matter of concern for a long time.”⁸⁰ She explained the problem: using the kennitala as a key allows one to combine multiple databases, for example from the educational, insurance, and health systems. This, in turn, allows the creation of personal profiles (by marketers, for example), and these profiles are a threat to privacy. Using regular names as a key would make it much more difficult to combine databases. Sigrún also appeared to express concern that people in Iceland were not able to remove their name and address from the web-accessible version of the National Register.⁸¹

Three days later, another article appeared in *Morgunblaðið*, based on an interview with Hallgrímur Snorrason. This article was effectively a reply to Sigrún Jóhannesdóttir's comments. Hallgrímur said that the current numbering system was extremely practical and efficient, that having a single uniform system increased the security of all kinds of transactions, and that he had not seen any reports of considerable misuse. The danger of combining databases had been much discussed, but had not turned out to be so great after all, and no cases of misuse had come to light. He did concede that in daily life, such as consumer transactions, the kennitala system might be getting used more than absolutely necessary. But his basic view was that Iceland should stick with the kennitala system because it works well.⁸²

13. Restrictions on Internet access to the National Register

From the beginning of the National Register, basic data on people in Iceland had always been made public. Casual access was possible since the published registers, at least for Reykjavík, were available at public libraries. Those who wanted more robust access, such as schools, businesses, and organizations, could purchase it, either by buying the registers in book form or later by purchasing access to computer files. The state company called Skýrr, which ran the National Registry's computer equipment, was for many years was the monopoly provider of access to computerized National Registry data.

Personal banking moved more and more onto computers in the 1990s and the early 2000s. To transfer money to another account in Iceland, a bank customer needs to know not just the account number but also the kennitala of the recipient. When the author first moved to Iceland in 2001, bank web sites allowed anyone to search the

rity – a historical perspective,” *World Development* 35 (2007): 67-86; Philip W. Setel et al., “A scandal of invisibility: making everyone count by counting everyone,” *The Lancet* 370 (2007): 1569-1577.

80 “[...] hin mikla kennitölunotkun á Íslandi hafa verið áhyggjuefni í langan tíma.”

81 “Persónuvernd berst aukinn fjöldi kvartana,” *Morgunblaðið*, 4 January 2004 (available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=773076).

82 “Ekki hefur orðið vart misnotkunar hér,” *Morgunblaðið*, 7 January 2004 (available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=773561).

National Register to look up the kennitala for any given person. This search engine was quite robust, with the ability to show the kennitala of a given person's spouse and of all the people living at a given address, and the search engine was accessible without login. Of course, these capabilities had long been available in the printed *Íbúaskrár*, although not in a form subject to as quick and easy access.

On 16 January 2004 the Data Protection Authority sent a letter to Hagstofa in which it criticized the degree of public accessibility of the National Register.⁸³ In response, Hagstofa decided that the register would no longer be available openly on the Internet, but only behind the logon barriers of institutions such as banks, and that its search capacity would be reduced. The changes went into effect at the beginning of May 2004.⁸⁴ Since then, given a name, the publicly accessible search engines have returned the corresponding kennitala; given a kennitala, they have returned the corresponding name; and the person's registered street address is always included as well. It is no longer possible to see information on spouses or to search by address. However, general access to the conversion tables between name and kennitala has been preserved, along with the ability to find the address of any Icelander with a known name or kennitala who is registered at a domestic residence.

It is still possible to purchase full access to the National Register. Since Skýrr's privatization in 1996, competition in selling access has been permitted.⁸⁵ As of 2008, four different companies were active in the market (Skýrr hf., Ferli ehf., Lánstraust hf., and Landsteinar-Strengur hf.).⁸⁶

14. A parliamentary bill proposes to eliminate the birthdate from the kennitala

In March 2004 and again in October 2004, Sigurjón Þórðarson, member of Parliament from the small Liberal Party, put forward a proposal to eliminate or reduce the use of the birthdate in the kennitala. The proposal stated that "The kennitala system has worked well, except for the fact that our identification numbers contain personal information,"⁸⁷ specifically, birthdates. The proposal suggested that people

83 I have not been able to obtain a copy of this letter, but it is discussed in Persónuvernd's comments to Alþingi, Alþingi erindi 131/170, 22 November 2004 (available at <http://www.althingi.is/pdf/umsogn.php4?lthing=131&malnr=14&dbnr=170&nefnd=a>).

84 "Netaðgangur að þjóðskrá takmarkaður," *Morgunblaðið*, 11 March 2004 (available at <http://www.mbl.is/mm/frett.html?nid=1075485>); "Sátt verður að ríkja um notkun þjóðskrárinnar," *Morgunblaðið*, 27 April 2004 (available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=794652). As of 2008, a summary of policy regarding the National Register was on the website of the National Registry at <http://www.thjodskra.is/adgangur-ad-thjodskra>.

85 "Saga Skýrr í hnotskurn," accessed October 2007 at <http://www.skyrr.is/um-skyrr/sagan>.

86 "Aðgangur að þjóðskrá," accessed November 2008 at <http://www.thjodskra.is/adgangur-ad-thjodskra>.

87 "Kennitölukerfið hefur reynst vel, að öðru leyti en því að í kennitölum okkar felast persónuupplýsingar."

should have the right to choose whether to grant access to their birthdate or not. As a supporting argument, it used the not fully accurate “fact” that national identification numbers in the United States do not contain any personal information.⁸⁸

This proposal questioned one of the unstated assumptions of the 1980s data protection laws: that a person's kennitala, and their birthdate as well, is a kind of basic, public fact about that person that includes no “personal information.” It recognized some peoples’ feeling that the birthdate is in fact in the “sensitive realm,” and thus that the kennitala in its current form effectively was too. This criticism echoed Oddur Benediktsson's concerns about the introduction of the kennitala in 1986 (see section 9). Sigurjón's proposal recommended a change to the form of the kennitala to remove this sensitive information from it, but otherwise basically supported keeping the social role of the kennitala system unchanged.

In response to Sigurjón's second (October 2004) proposal, both Hagstofa and the Data Protection Authority submitted their opinions to Parliament. Although submitted in response to the proposed legislation, they were in fact much more wide-ranging commentaries on the kennitala generally. Typically, Hagstofa's proposal was pragmatic in character, while the Data Protection Authority's was protectionistic.

The Data Protection Authority's letter, dated 22 November 2004, supported the proposal. It started by saying that the Authority finds the proposal in the spirit of Icelandic law, following the reasoning that the kennitala contains personal information (the birthdate), and that the use of personal information should be subject to various limits. However, the letter then went beyond the issue at hand to make a general attack on the kennitala, saying that “the Data Protection Authority considers that the most important issue involving the kennitala in Iceland is not that they show their bearer's birthdate, but rather the fact that they are used so much and are so generally accessible.”⁸⁹ The letter recognized that all the Nordic countries have systems similar to Iceland's, but mentioned that personal identification numbers are much less used in other countries, that in some countries people carry multiple numbers, and that in Germany and Portugal the use of one single national identity number is constitutionally forbidden. It proposed that the public listing of the kennitala be stopped, and argued for the use of multiple identification numbers in different sectors of public administration on the grounds that this would prevent the combining of databases, noting that other countries do this already.⁹⁰

88 Alþingi, 130. löggjafarþing 2003–2004, Þskj. 1248 — 820. mál (available at <http://www.althingi.is/altext/130/s/1248.html>); 131. löggjafarþing 2004–2005, Þskj. 14 — 14. mál (<http://www.althingi.is/altext/131/s/0014.html>); “Kennitölur feli ekki í sér persónuupplýsingar,” *Morgunblaðið*, 31 March 2004 (available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=789921).

89 “Persónuvernd telur helsta álitafnið, sem tengist kennitölum hér á landi, ekki vera að þær sýna fæðingardag viðkomandi heldur hina miklu notkun þeirra og hið almenna aðgengi sem að þeim er.”

90 Alþingi erindi 131/170 (available at <http://www.althingi.is/pdf/umsogn.php4?lthing=131&malnr=14&dbnr=170&nefnd=a>).

Hagstofa's letter, dated 30 November 2004, argued against the proposal. It began by discussing the similar systems in use in the other Nordic countries, and noting that the use of a universal birthdate-based personal identification number is typical of (though not entirely limited to) the Nordic region. Regarding the proposal specifically, it said that "Having the birthdate as the first six digits of the kennitala has attracted little or no criticism, and people [here] generally seem to consider it natural that their birthdate and age should be public information that doesn't need to be hidden [...] there is a long tradition in the Nordic countries that peoples' age is not kept secret."⁹¹ The letter also, in passing, argued against the introduction of multiple identifiers.⁹²

A key question in the debate was whether Icelanders regard birthdates as sensitive or not. In contrast to some other countries, such as the United States or southern Europe, Icelanders and other Scandinavians indeed appear quite open about revealing their age. Birthdays are a major focus of friendship and celebration in Iceland. The Icelandic newspaper *DV* currently prints in each issue a list of everyone celebrating a round-numbered birthday that day. Icelanders often disclose their age by citing their year of birth rather than by saying how old they are at the moment. However some might feel that even so, if it is not absolutely necessary to include the birthdate in the kennitala, there is really no reason to have it there. A random sequence of digits would do as well. And having the birthdate in the kennitala could be said to encourage age discrimination, for example in job hiring.

On the other hand, there are a number of practical arguments for including the birthdate. The birthdate makes the kennitala easier to remember, and in particular it makes it easier to remember the identification numbers of one's spouse, children, and other family members.⁹³ Icelandic debit cards list their holder's kennitala (credit cards used to), and store clerks who wish to ensure that the person paying with a given card is the card owner can (among other methods) check the birthdate listed on the kennitala against the apparent age of the customer.⁹⁴ Similarly, when using the online database to find the kennitala of a person whose rough age one knows but who has a common name, one can find the right Jón Jónsson among many by excluding those who have a birthdate that doesn't match. If you are looking for an elementary school student, you can exclude any seventy-year-olds on the list.

91 "Myndun kennitölunnar með fæðingardagsetningu í fyrstu sex sætum tölunnar sætir hins vegar lítilli sem engri gagnrýni og yfirleitt virðist fólk álita að eðlilegt sé að fæðingardagur þess og aldur séu opinberar upplýsingar og þurfi ekki að fara leynt [...] löng hefð er fyrir því á hinum Norðurlöndunum að aldur manna fari ekki leynt."

92 Alþingi erindi 131/309 (available at <http://www.althingi.is/pdf/umsogn.php4?lthing=131&malnr=14&dbnr=309&nefnd=a>).

93 On the relationship between the meaningfulness and the memorability of an identifying code, see Benton J. Underwood and Rudolph W. Schulz, *Meaningfulness and verbal learning* (Chicago: Lippincott, 1960).

94 See "Kennitala á greiðslukortum til öryggis," *Morgunblaðið*, 5 January 1995, p. 2.

The debate about including the birthdate can be seen as a debate about the iconicity of a numbering system.⁹⁵ Those advocating eliminating the birthdate from the kennitala were advocating that it be as non-iconic as possible. Purists would note that no numbering system can be completely non-iconic and random, and that the name number system had its own type of iconicity.

Ultimately, the proposal, which was put forward by a member of a small opposition party, died in committee and was not considered by Parliament.

15. Debate over whether personal numbering should be referred to in the Icelandic constitution

Early in 2005 the prime minister of Iceland appointed a nine-member committee to review Iceland's constitution. Individuals and organizations were encouraged to send the committee suggestions. The original goal was to have a final proposal by the end of 2006, but in February 2007 the committee issued an interim report and said that more work and time would be needed to reach a final conclusion.⁹⁶

While revision of the kennitala system was not a specific goal of the committee, there is European precedent for constitutional attention to national identification numbers. Since 1997, the constitution of Portugal has specifically forbidden the institution of a national identity number.⁹⁷ Constitutional courts in at least two other European countries, Hungary and Germany, have ruled that such numbering systems are not constitutionally permissible.⁹⁸

Oddur Benediktsson, writing on behalf of the group Mannvernd, drafted a statement about data protection issues which was sent to the committee and also presented at a conference held by the committee on 11 June 2005. The statement, which in fact dealt with much more than the kennitala, advised that “the use of Hagstofa’s kennitala be restricted and limited to the National Register and the health care system” and that “circulation of the National Register be stopped, and the Register used only within government administration.”⁹⁹ As grounds for this recommendation,

95 See Ian Watson, “Cognitive design: creating the sets of categories and labels that structure our shared experience” (Ph.D. dissertation, Rutgers University, 2005), section 4.

96 Nefnd um endurskoðun stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, “Afangaskýrsla,” February 2007, p. 4 (available at <http://www.stjornarskra.is/media/frettir/februar.pdf>); “Stjórnarskrárnefnd skilar tillögum og áfangaskýrslu”, press release, 19 February 2007 (available at http://www.stjornarskra.is/Stjornarskra_Frettir/nr/2538).

97 See Article 35, section 5 of the Portuguese constitution: “É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.” Text available at http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/home.html.

98 Hungary: Constitutional Court (Alkotmánybíróság) decision 15/1991 (available at <http://www.mkab.hu/hu/frisshat.htm>; English translation available as of 2009 at http://www.uouu.cz/judik_hungarian_constitutional_court.pdf). Germany: Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), Urteil 15. Dezember 1983, BVerfGE 65, 1 - Volkszählung.

99 “Notkun kennitölu Hagstofu Íslands sé heft og takmarkist við þjóðskrá og notkun í heilbrigðis-kerfi” and “dreifingu þjóðskrár sé hætt og sé hún einungis notuð við opinbera stjórnsýslu.”

Oddur cited the increasing ease of combining databases, given advances in computer technology.¹⁰⁰

In October 2005, the author wrote a magazine article about personal identification numbering in Iceland. The article suggested that the strength of the kennitala system was in its openness, and it criticized Oddur's speech, as well as the Data Protection Authority's rulings, as pushing Iceland towards creating an identity system which would replicate the flaws of the American arrangement. A copy of this article was also sent to the constitutional committee.¹⁰¹ The constitutional committee's 2007 report noted receiving both contributions, and did not recommend any specific action on kennitala matters.¹⁰²

16. The Data Protection Authority's rulings on individual cases

Under the provisions of law 77/2000, the Data Protection Authority has become involved in cases where disputes have arisen over whether use of the kennitala has been objectively necessary. The Data Protection Authority has the right to ban use of the kennitala in a given context and to levy fines on those who do not comply. It is important, though, to make clear that kennitala matters have formed only a very small part of the Data Protection Authority's work.

As of 2008, five cases involving the kennitala had come to the Data Protection Authority's attention, but only one of them had resulted in a formal ruling about kennitala use. In that case, the name, address, and kennitala of a particular person had been posted by others on the comment section of an Internet site. The person involved complained. The Data Protection Authority did not oppose the publication of his name and address, but did rule that the manager of the website had to remove the person's kennitala.¹⁰³ This ruling supports the protectionist view that a person's kennitala is at least to some degree in a private sphere – more so than their name, at least – and that those proposing to use it have a duty to consider whether such use has a clear purpose that accords with article 10 of the 2000 law.

Three other cases resulted only in correspondence between the Data Protection Authority and the parties involved. In one, the Data Protection Authority seemed to defend the rights of a passenger ship to record passengers' kennitölur,¹⁰⁴ in another,

100 Oddur Benediktsson, "Verndun persónubundinna upplýsinga," lecture at the conference "Stjórnarskrá til framtíðar" sponsored by the Constitutional Committee, Hótel Loftleiðir, Reykjavík, 11 June 2005. The lecture was also submitted to the constitutional committee and is available at http://www.stjornarskra.is/media/stjorn_erindi/ob-fridhelgi.pdf.

101 Ian Watson, "We know your identity number: and that's not a bad thing," *Reykjavík Grapevine*, 7 October 2005 (issue 14), pp. 18-19.

102 Nefnd um endurskoðun stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, "Afangaskýrsla," February 2007, pp. 17-19 (available at <http://www.stjornarskra.is/media/frettir/februar.pdf>).

103 Persónuvernd, úrskurður í máli 2004/158, "Birting kennitölu á spjallvef" (available at <http://personuverndvefur.eplia.is/efst-a-baugi/urskurdir-og-alit/2004/greinar//nr/130>).

104 Persónuvernd, "Kennitölunotkun í farþegaskipi," response to e-mail dated 21 July 2005 (available

the Authority ultimately did not take a position on whether a theater could ask ticket buyers for their kennitala;¹⁰⁵ and in a third, the Authority pointedly asked a bookstore for further justification of why they considered it necessary to list the kennitala on store credit slips, but ultimately did not issue a ruling after the bookstore stated its intent to change its policies.¹⁰⁶

A final case is noteworthy because it exemplified how the kennitala can become a proxy target or scapegoat for the issue of identification in general. In 2006, an Icelandic who was changing a small amount of Danish currency into Icelandic currency at a bank was refused service after refusing to provide their kennitala. A complaint was sent to the Data Protection Authority, and on the face of it, the issue at hand appeared to be the extent of permissible kennitala usage. The real issue, though, turned out to be whether a bank may demand that a customer in a low-value foreign currency transaction identify themselves in a traceable way (for example, by giving their kennitala). The Data Protection Authority's ruling conveys the view that banks do not have such a right, which makes the issue of whether the kennitala is used for such purposes moot.¹⁰⁷ This is far from the only time when the kennitala as an institution has become a focus of attention in connection with questions which really revolve around the act of identifying people in general.

In general, one can say that the Data Protection Authority has interpreted the restraints placed on kennitala usage by law 77/2000 as making the kennitala different in quality from a name. A name is seen as a more innocent way of identification than the kennitala. The Data Protection Authority appears to advocate a standard of conduct in which the kennitala should not be used if other means of identification are sufficient. This represents a step away from the free use of the kennitala that prevailed in Iceland before that. But this stance does not seem to have had a real effect on the kennitala's role in daily life, and casual use of it is still considerable.

17. Current status and implications

The discussions over the past ten years have actually resulted in relatively few changes in the day-to-day usage of the kennitala in Icelandic society. The kennitala is still, in effect, a publicly available unique personal identifier. It is now only negligibly more difficult for Icelanders to find out the name that corresponds to a given kennitala or vice versa. The kennitala is still in extremely wide and unquestioned use in every sector of Icelandic society. Image 11, for example, shows a petition tacked up in

at <http://www.personuvernd.is/efst-a-baugi/ymis-bref/greinar/nr/198>).

105 Persónuvernd, "Kennitala - tónleikamiðar," undated (available at <http://www.personuvernd.is/efst-a-baugi/ymis-bref/greinar/nr/156>).

106 Persónuvernd, "Kennitölur á inneignarnótum," undated (available at <http://www.personuvernd.is/efst-a-baugi/ymis-bref/greinar//nr/167>).

107 Persónuvernd, álit í máli 2005/263, "Krafa um kennitölu við kaup á gjaldeyri" (available at <http://www.personuvernd.is/efst-a-baugi/urskurdir-og-alit/2006/greinar//nr/218>).

a common area of the University of Iceland in fall 2007, asking for extended weekend opening hours at the university library during exam period. The petition's design includes a space for each signer's name and then each signer's kennitala. It is not uncommon for students to include both their name and kennitala on written work at Icelandic universities. Newborn children in Iceland receive a kennitala long before their parents are asked to decide what the child's name will be.

“In Iceland we take it for granted that there is a National Register, meaning that a government agency handles civil registration and keeps a list of every person,” Hallgrímur Snorrason said in 1985. “But this is by no means an inescapable thing, and in many developed countries the idea of having a National Register like ours and using it as we do is not considered feasible [...]”¹⁰⁸ Indeed, Iceland's system is more the exception than the rule in a worldwide context.

Some countries maintain a residence registry for all inhabitants (which is used to generate voting and taxation lists), some assign an identification number to each inhabitant, some issue each resident with an identity card, and some do none of these things. The Scandinavian countries have systems which are broadly similar to Iceland, where residence registration and identity numbers are important but identity cards are not. Some other European countries require residence registration, and even issue identity cards, but do not use identity numbers and may even have laws forbidding their use. The Anglo-Saxon countries lack a tradition of residence registration. The introduction of more systematic identity and registration procedures has been a matter of great controversy in the United States, Britain, and Australia and has often been criticized fiercely. Discussion often focuses on the symbolic token of the identity card rather than on the dry details of numbering or the act of registering one's address.

The case of Iceland, however, shows that numbering, rather than cards or other physical tokens of identity, can be the key feature of how a society's personal identification system is structured. The Icelandic numbering system is also interesting be-

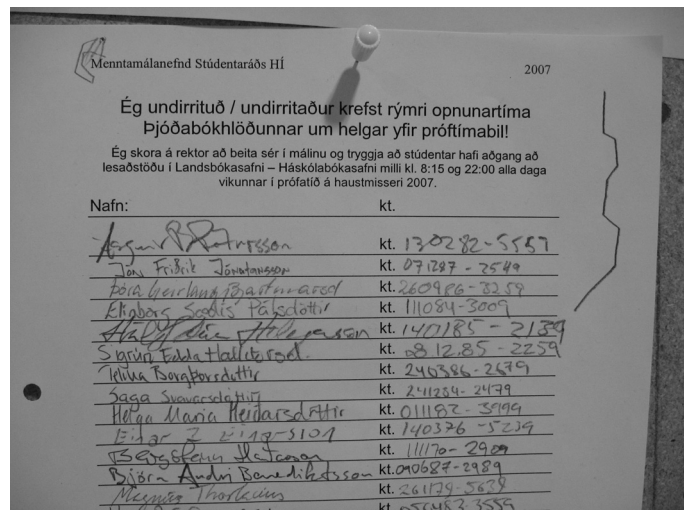


Image 11: Petition for extended library hours showing typical use of the kennitala.

108 Hallgrímur Snorrason, “Endurskipulagning Þjóðskrár”: “Hér á landi þykir sjálfsgagt, að rekin sé þjóðskrá, þ.e. að opinber stofnun annist almannaskráningu og haldi skrá yfir öll landsins börn. Þetta er þó engan veginn sjálfsgaður hlutur og í mörgum íðnríkjum þykir ekki fært að halda eina grunnskra eins og þjóðskráin okkar er og beita henni eins og við gerum [...]”

cause it is open (with relatively easy public access to a database linking names to numbers and showing addresses as well); little value is attached to knowing someone else's number, since the number is used to state but not to authenticate identity;¹⁰⁹ and the number transparently encodes holders' birthdates. In the United States, people go to great lengths to avoid disclosing their Social Security number (as it is often used as an authenticator), and there is a great fear of "identity theft" and other types of imposture. Icelanders are generally casual about disclosing their identity numbers, and yet identity theft is extremely rare in Iceland.¹¹⁰ It is difficult to judge whether the success of the Icelandic numbering system is an effect of Iceland's small scale or of superior design choices in the system's development, and there is no room in this article for a full technical discussion of the arguments in favor and against Icelandic-style approaches. But Hallgrímur Snorrason has said that "one can argue that [Iceland's] use of a single comprehensive system of identification numbers throughout public administration and in creating statistical reports has saved considerable resources and had a decisive effect on performance and results."¹¹¹ At the very least, studying the Icelandic national identification number system poses questions which policy-makers in other countries might benefit from trying to answer.

18. Conclusion: public semiotics

One can discern a field of scholarship which could be called "public semantics" or "public semiotics." This is the study of the labels for things that are used publicly to refer to the things around us, such as houses, cars, streets, postal districts, bus routes, and, yes, people.¹¹²

From a linguistic and semiotic perspective, the kennitala's place in the history of the way we refer to people is particularly interesting. Names, qualified in various

109 Smári McCarthy also points up the importance of this factor in "Við vitum hver þú ert," *Morgunblaðið*, 23 June 2008 (available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=1223969).

110 According to Rannveig Þórisdóttir, director of the department of information and planning at the Greater Reykjavík police department, identity theft is "extremely rare" (*afar sjaldgæft*) in Iceland and there are "very few cases" (*mjög fá mál*). She estimates that there are three to five reported cases per year where an attempt is made to authenticate a transaction with an identity document not belonging to the person in question. She adds that identity-related crimes are poorly defined, because they are classified statistically in a category that is very large (interview, 20 July 2010).

111 "Má fullyrða að beiting eins heildstæðs kerfis auðkennistalna í allri stjórnslu og við hagskýrslugerð hefur skipt sköpum um afköst og árangur og sparað mikla fjármuni." (Minningargrein um Klemenz Tryggvason, *Morgunblaðið*, 11 July 1997, p. 30.)

112 A few examples of this literature are, on clothing sizes: Susan P. Ashdown, "Sizing systems in the apparel industry" (n.d.), available at <http://www.sizingsystems.human.cornell.edu>; on floor numbering, Paul Arthur and Romedi Passini, *Wayfinding: people, signs, and architecture* (New York: McGraw-Hill, 1992); on postal codes, R. Conrad, "Designing postal codes for public use," *Ergonomics* 10 (1967): 233-238; on house numbers, Anton Tantner, *Die Hausnummer: eine Geschichte von Ordnung und Unordnung* (Marburg: Jonas Verlag, 2007); and on numbering in general, Thomas Crump, *The anthropology of numbers* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).

ways, have for centuries been the most common way to refer to people. Different names may be used in different circumstances, so that the same person might have a “normal” name (John Johnson), a formal version used on official documents (John Robert Johnson), and an informal version used among friends (Johnny). The increasing use of numbers in Iceland, and also elsewhere, leads one to ask whether they are simply taking their place with other names among the variety of ways in which people refer to themselves. According to this way of thinking, the kennitala is a name that one uses in some situations, usually those where exact personal reference is important, and not, for example, among friends. It is also the first name that Icelandic children receive, on the day of their birth or the day after, whereas they often do not receive their traditional first name until some weeks later and nicknames may not be determined until a child is several years old. Another way in which the Icelandic kennitala system is similar to naming is that Icelandic kennitala is not normally used as an authenticator. This way of looking at the kennitala downplays the difference between naming and numbering and emphasizes the continuum of ways in which humans refer to themselves.

In this sense, Iceland is of anthropological interest as the human society which has pushed the development of a public, numerical system of names the furthest. Other countries have numbers for people too, but not even the other Scandinavian countries have gone as far as Iceland in making those numbers open and part of everyday personal reference. The development of the national identification number as a name represents a real (if minor) change in the workings of society. Iceland is the country that best exemplifies this change – to the extent that the kennitala continues to be open and not used as a “secret code” to authenticate the bearer’s identity. If the kennitala were kept secret, it would no longer be akin to an everyday name.

Looking at the kennitala as a new kind of name encourages a pragmatist argument that it is absurd to criticize kennitala “overuse” because doing so is basically akin to criticizing the overuse of peoples’ names. However, a protectionist response might be that there is a crucial difference between numbers and names, namely that numbers are guaranteeably unique, and that the arrival of the Internet, data mining, and easy access to databases changed the rules of the game completely. In turn, a pragmatist response might be that the crucial difference is between numbers that are secret codes and numbers that are open identifiers, that one ought not to criticize open identifiers as if they are secret codes, and that one ought not to make them a scapegoat for concerns about database privacy.

Anton Tantner, who has made a detailed study of house-numbering practices in the Austro-Hungarian Empire, has shown how the imperative to number houses was linked to the bureaucratic requirements of the state, such as taxation and military conscription.¹¹³ It is tempting for some to say that public numbering systems are a tool of state control over individuals, to speak critically of them on those grounds,

113 Tantner, *Die Hausnummer*.

and to regard them historically as a potentially unnecessary extension of state power.¹¹⁴ However, it is just as easy to emphasize how governments, in creating house numbers, national identification numbers and every other kind of number, are aiding in the imposition of technologies which have considerable benefit for people but could not be implemented without the development of coordinated semantic systems. In many such cases (say, telephone numbering plans, utility meters, or Internet addressing), the state is not the actor, or at least was not the original actor.

These acts of cognitive coordination are essential for getting things done. The possession of an identification number is just as often cause for pride in belonging as a symbol of submission to a system of social control. In saying this the author is deliberately showing sympathy for the pragmatist camp, at least in Iceland. Yet it is important to pay attention to the concerns brought by protectionistically oriented writers, and it is important that these debates continue so that solutions can be found that are as fair as possible to all interests involved. It is also important to support scholarly studies of public numbering systems. They are not just of antiquarian interest but also relevant to pressing issues of human rights, freedom, identity and power.

Acknowledgements

Thanks to Hallgrímur Snorrason, Skúli Guðmundsson, Guðni Baldursson, Oddur Benediktsson, Ágúst Einarsson, Rannveig Þórisdóttir, Kendra Willson, John Speight, and two anonymous reviewers for useful comments and assistance with this article. Needless to say, all views expressed are my own.

About the author

Ian Watson is assistant professor of social science at Bifröst University. E-mail: ian@bifrost.is.

References: Printed sources

- Anderson, Ross, et al. *Database state*. Water End, York: Joseph Rowntree Reform Trust, 2009.
- Arthur, Paul, and Romedi Passini. *Wayfinding: people, signs, and architecture*. New York: McGraw-Hill, 1992.
- Ashdown, Susan P. "Sizing systems in the apparel industry." Undated. Available at <http://www.sizingsystems.human.cornell.edu>.
- Clarke, Roger. "Human identification in information systems: management challenges and public policy issues," *Information Technology & People* 7, 4 (December 1994): 6-37. Available at <http://www.rogerclarke.com/DV/HumanID.html>.
- Conrad, R. "Designing postal codes for public use." *Ergonomics* 10 (1967): 233-238.

114 Two titles that exemplify this are Carl Watner and Wendy McElroy, eds., *National identification systems: essays in opposition* (Jefferson, N.C.: McFarland, 2004); Richard Sobel, "The demeaning of identity and personhood in national identification systems," *Harvard Journal of Law & Technology* 15 (2002): 320-387.

- Crump, Thomas. *The anthropology of numbers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- Folkbokföringsuppgifter hos arkivmyndigheterna*. Statens offentliga utredningar 2004/106.
- Fortun, Michael. *Promising genomics: Iceland and deCODE Genetics in a world of speculation*. Berkeley: University of California Press, 2008.
- Gandy, Oscar H. *The panoptic sort: a political economy of personal information*. Boulder: Westview, 1993.
- Hallgrímur Snorrason. "Endurskipulagning Þjóðskrár." Lecture at meeting of Skýrslutækni-félag Íslands, 1 October 1985. Available at <http://hagstofa.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=1733>.
- Íbúaskrá Reykjavíkur 1. desember 1954. Gefið út af Hagstofu Íslands fyrir hönd Allsherjar Spjaldskrárinnar. Reykjavík, 1 apríl 1955.
- Íbúaskrá Reykjavíkur 1. desember 1963. Reykjavík: Hagstofa Íslands, 1964.
- Íbúaskrá Reykjavíkur 1. desember 1964. Reykjavík: Hagstofa Íslands, 1965.
- Jón Þór Þórhallsson and Jón Zóphoniásson. "Tölvuvinnsla Hagstofunnar." Pp. 247-257 of Sigurður Snævarr, ed., *Klemensarbók: afmælisrit Klemensar Tryggvasonar*. Reykjavík: Félag viðskiptafræðinga og hagfræðinga, 1985.
- Klemens Tryggvason. "Hagstofa 1951-1964." *Hagtiðindi* 49 (1964): 44-57.
- Krogness, Karl Jakob. "Registration in Denmark." Unpublished manuscript, Ritsumeikan University, 2009.
- Lyon, David. *Identifying citizens: ID cards as surveillance*. Cambridge: Polity, 2009.
- Lyon, David, ed. *Surveillance as social sorting: privacy, risk, and automated discrimination*. London: Routledge, 2003.
- Nefnd um endurskoðun stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands. "Afangaskýrsla." February 2007. Available at <http://www.stjornarskra.is/media/frettir/februar.pdf>.
- Oddur Benediktsson. "Skýrslutækni-félag Íslands 25 ára." *Morgunblaðið*, 6 April 1993, p. 55.
- Oddur Benediktsson. "Verndun persónubundinna upplýsinga." Lecture at the conference "Stjórnarskrá til framtíðar," sponsored by the Constitutional Committee, Hótel Loftleiðir, Reykjavík, 11 June 2005. The lecture as submitted to the Icelandic constitutional revision committee is available at http://www.stjornarskra.is/media/stjorn_erindi/obfridhelgi.pdf.
- Oddur Benediktsson, Jóhann Gunnarsson, Egill B. Hreinsson, Jakob Jakobsson, Örn Kaldalóns, Óttar Kjartansson, Ólafur Rósmundsson, Helgi Sigvaldason, Gunnar Stefánsson, and Jón Zophoniásson. "Computerisation of the Icelandic state and municipalities from 1964 to 1985." Pages 45-60 of *History of Nordic computing: IFIP WG9.7 first working conference on the history of Nordic computing (HiNC1), June 16-18, 2003, Trondheim, Norway*, edited by Janis Bubenko, Jr., John Impagliazzo, and Arne Sølvén. New York: Springer, 2005.
- Óttar Kjartansson. *Upplýsingaiðnaður í hálföld: saga Skýrr 1952-2002*. Reykjavík: Skýrr, 2002.
- "The personal identification number." Section 4.2 in "The civil registration system in Denmark" (2001). Available on the website of Det Centrale Personregister: <http://www.cpr.dk>.
- Piazza, Pierre. *Histoire de la carte nationale d'identité*. Paris: Odile Jacob, 2004.
- "Saga Skýrr í hnotskurn." Accessed October 2007 at <http://www.skyrr.is/um-skyrr/sagan>.
- Setel, Philip W., et al. "A scandal of invisibility: making everyone count by counting everyone." *The Lancet* 370 (2007): 1569-1577.

- Sigurður Gylfi Magnússon. *Wasteland with words: a social history of Iceland*. London: Reaktion Books, 2010.
- Singer, Paula N., and Linda Dodd-Major. "Identification numbers and U.S. government compliance initiatives." *Tax Notes* 104, 13 (20 September 2004).
- Sobel, Richard. "The demeaning of identity and personhood in national identification systems." *Harvard Journal of Law & Technology* 15 (2002): 320-387.
- "Stjórnarskrárnefnd skilar tillögum og áfangaskýrslu." Press release, 19 February 2007. Available at http://www.stjornarskra.is/Stjornarskra_Frettir/nr/2538.
- Szreter, Simon. "The right of registration: development, identity registration, and social security – a historical perspective." *World Development* 35 (2007): 67-86.
- Tantner, Anton. *Die Hausnummer: eine Geschichte von Ordnung und Unordnung*. Marburg: Jonas Verlag, 2007.
- Underwood, Benton J., and Rudolph W. Schulz. *Meaningfulness and verbal learning*. Chicago: Lippincott, 1960.
- Watner, Carl, and Wendy McElroy, eds. *National identification systems: essays in opposition*. Jefferson, N.C.: McFarland, 2004.
- Watson, Ian. "Cognitive design: creating the sets of categories and labels that structure our shared experience." Ph.D. dissertation, Rutgers University, 2005.

Newspaper articles in chronological order

Note: The sources for advertisements and the list showing the progression of the name number in the 1960s and 1970s are not listed here, but are given fully in the text.

- "Vélsþjaldaskrá yfir alla Íslendinga að verða fullgerð." *Morgunblaðið*, 17 October 1953, p. 1.
- "Sérstakar ráðstafanir vegna niðurfellingar manntals hér." *Morgunblaðið*, 2 November 1954, p. 1.
- "Manntal fellur niður í Reykjavík." *Morgunblaðið*, 2 November 1955, p. 6.
- "Íbúaskrá Reykjavíkur er komin út." *Morgunblaðið*, 17 July 1956, p. 11.
- "Ný samlagsskírteini Sjúkrasamlags Rvíkur." *Morgunblaðið*, 24 November 1963, p. 2.
- "Nafnskírteini fyrir einstaklinga 12 ára og eldri." *Morgunblaðið*, 5 March 1965, p. 8.
- "Nafnskírteini afhent þeim sem vilja í næstu viku." *Morgunblaðið*, 24 June 1965, pp. 2-3.
- "Nafnskírteini og fjölskyldubætur." *Morgunblaðið*, 26 February 1966, p. 4.
- "Íbúaskrá Reykjavíkur komin út." *Morgunblaðið*, 11 May 1968, p. 12.
- "Orðin allra kerlinga elst: Tölvan neitaði að trúa aldrinum." *Þjóðviljinn*, 15 April 1980, p. 16.
- Guðrún Guðlaugsdóttir. "Þjóðskráin er undirstaða stjórnsýslu í landinu." *Morgunblaðið*, 21 April 1985, pp. B18-19.
- "Hagstofan taki afnám nafnnúmera til endurskoðunar." *Morgunblaðið*, 15 May 1986, p. 2.
- "Spörum nafnnúmeramilljónir." (Author identified only by the nafnnúmer 1111-2226.) *DV*, 23 May 1986, p. 11.
- "Kennitölur verða á skattframtölunum." *Morgunblaðið*, 18 December 1986, p. 49.
- Kristján Ingvarsson. "Kennitala í stað nafnnúmers: hagræðing eða persónunjósnir?" *DV*, 24 April 1987, p. 13.
- "Kennitölur notuð frá áramótum hjá hinu opinbera." *Morgunblaðið*, 24 December 1987, p. 13.
- "Kennitala á greiðslukortum til öryggis." *Morgunblaðið*, 5 January 1995, p. 2.
- Minningargrein um Klemenz Tryggvason. *Morgunblaðið*, 11 July 1997, p. 30.

Lyall, Sarah. "A country unveils its gene pool and debate flares." *New York Times*, 16 February 1999.

"Lög um persónuvernd draga úr ofnotkun kennitölu." *Morgunblaðið*, 1 June 2000. Available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=538647.

"Hagstofustjóri telur kennitöluna ofnotaða." *Morgunblaðið*, 20 October 2000. Available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=565958.

"Persónuvernd berst aukinn fjöldi kvartana." *Morgunblaðið*, 4 January 2004. Available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=773076.

"Ekki hefur orðið vart misnotkunar hér." *Morgunblaðið*, 7 January 2004. Available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=773561.

"Netaðgangur að þjóðskrá takmarkaður." *Morgunblaðið*, 11 March 2004. Available at <http://www.mbl.is/mm/frett.html?nid=1075485>.

"Kennitölur feli ekki í sér persónuupplýsingar." *Morgunblaðið*, 31 March 2004. Available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=789921.

"Sátt verður að ríkja um notkun þjóðskrárinnar." *Morgunblaðið*, 27 April 2004. Available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=794652.

Watson, Ian. "We know your identity number: and that's not a bad thing." *Reykjavík Grapevine*, 7 October 2005 (issue 14), pp. 18-19.

"Flest barnanna komin í skóla á Ísafirði." *Morgunblaðið*, 9 July 2006. Available at http://www.mbl.is/mm/frettir/innlent/2006/09/07/flest_barnanna_komin_i_skola_a_isafirði.

Smári McCarthy. "Við vitum hver þú ert." *Morgunblaðið*, 23 June 2008. Available at http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=1223969.

Interviews

Guðni Baldursson, employee of the National Registry. Reykjavík, 31 August 2007. Second interview, 7 November 2007.

Hallgrímur Snorrason, former director of Hagstofa Íslands. Reykjavík, 5 February 2008. Second interview, 29 October 2009.

Oddur Benediktsson. Reykjavík, 8 October 2009.

Rannveig Þórisdóttir, director of the department of information and planning at the Greater Reykjavík police department. Reykjavík, 20 July 2010.

Skúli Guðmundsson, director of the National Registry. Reykjavík, 28 March 2008.

Manuscript sources

Íbúaskrár for 1 December 1953. Held by the National Registry.

Letter from Hallgrímur Snorrason, 15 January 1986. Courtesy of Hallgrímur Snorrason.

Government documents

Alkotmánybíróság (Constitutional Court of Hungary), decision 15/1991. Available at <http://www.mkab.hu/hu/frisshat.htm>. English translation available as of 2009 at http://www.uouu.cz/judik_hungarian_constitutional_court.pdf.

Alþingistíðindi. 85. löggjafarþing, 1964-1965. Þingskjal 302. Section A, pp. 950-959.

- Alþingistíðindi*. 85. löggjafarþing, 1964-1965. Discussion of þingskjal 302. Section B, pp. 771-778.
- Alþingi, 125. löggjafarþing 1999-2000, þingskjal 399. Proposed law on data protection. Available at <http://www.althingi.is/altext/125/s/0399.html>.
- Alþingi, 130. löggjafarþing 2003-2004, Þskj. 1248 – 820. mál. Proposal to eliminate the birthdate from the kennitala. Available at <http://www.althingi.is/altext/130/s/1248.html>.
- Alþingi, 131. löggjafarþing 2004-2005, Þskj. 14 – 14. mál. Proposal to eliminate the birthdate from the kennitala. Available at <http://www.althingi.is/altext/131/s/0014.html>.
- Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court of Germany), Urteil 15. Dezember 1983, BVerfGE 65, 1 - Volkszählung.
- Comments by Persónuvernd to Alþingi, erindi 131/170 (14. mál), 22 November 2004. Available at <http://www.althingi.is/pdf/umsogn.php4?lthing=131&malnr=14&dbnr=170&nefnd=a>.
- Comments by Hagstofa Íslands to Alþingi, erindi 131/309 (14. mál), 30 November 2004. Available at <http://www.althingi.is/pdf/umsogn.php4?lthing=131&malnr=14&dbnr=309&nefnd=a>.
- Constitution of Portugal. Text available at http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/home.html.
- European Union. "Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data." Available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:EN:HTML>.
- Persónuvernd (Icelandic Data Protection Authority). Úrskurður í máli 2004/158, "Birting kennitölu á spjallvef." Available at <http://personuvernd.is/efst-a-baugi/urskurdir-og-alit/2004/greinar//nr/130>.
- Persónuvernd. Álit í máli 2005/263, "Krafa um kennitölu við kaup á gjaldeyri." Available at <http://www.personuvernd.is/efst-a-baugi/urskurdir-og-alit/2006/greinar//nr/218>.
- Persónuvernd. "Kennitölur á inneignarnótum," undated. Available at <http://www.personuvernd.is/efst-a-baugi/ymis-bref/greinar//nr/167>.
- Persónuvernd. "Kennitala - tónleikamiðar," undated. Available at <http://www.personuvernd.is/efst-a-baugi/ymis-bref/greinar/nr/156>.
- Persónuvernd. "Kennitölunotkun í farþegaskipi." Response to e-mail dated 21 July 2005. Available at <http://www.personuvernd.is/efst-a-baugi/ymis-bref/greinar/nr/198>.
- Þjóðskrá (National Registry). "Aðgangur að Þjóðskrá." Accessed November 2008 at <http://www.thjodskra.is/adgangur-ad-thjodskra>.

Áhrif meginreglna EES-réttar um bann við mismunun og takmörkun á fjórfrelsinu á sviði skattaréttar

Ingibjörg Þorsteinsdóttir

Ágrip: Meginviðfangsefni greinarinnar er umfjöllun um áhrif meginreglunnar um bann við mismunun og takmörkun á grundvelli frelsisákvæða EES-samningsins á skattarétt einstakra ríkja. Lýst er þeim takmörkunum á skattlagningarrétt ríkjanna sem leiða af reglunum og jafnframt hvaða lögmætu sjónarmið geta réttlætt undantekningar frá þeim. Af niðurstöðu dómstóla má ráða að ríkar kröfur eru gerðar til hlutleysis skattareglna gagnvart þjóðerni og staðsetningu aðila og byggir sú niðurstaða á markmiðum um hnökralausan innri markað. Hins vegar eru úrlausnir Evrópudómstólsins ekki alltaf skýrar því mörg önnur sjónarmið hafa þar áhrif, ekki síst viðleitni aðildarríkjanna til að halda forræði sínu á sviði skattaréttar auk þess sem erfitt getur verið að sambætta reglur Evrópuréttar og viðurkenndra reglna á sviði alþjóðlegs skattaréttar. Þá geta tvísköttunarsamningar og aðrir samningar á sviði skattaréttar einnig haft áhrif á niðurstöðu mála. EES-réttur byggir á sömu meginsjónarmiðum og gilda innan ESB þar sem gert er ráð fyrir því að sambærilegar reglur beggja samninga séu túlkaðar og þeim beitt með sama hætti. Á hinn bóginn hafa hvorki afleidd löggjöf á sviði skattaréttar né breytingar á stofnsáttmála ESB, sem gerðar hafa verið eftir gildistöku EES-samningsins, verið teknar upp í samninginn. Þetta getur leitt til þess að niðurstaða mála verður önnur gagnvart EES-ríkjum en gagnvart aðildarríkjum ESB.

Lykilorð: Evrópskur skattaréttur, meginreglur um bann við mismunun, fjórfrelsisákvæði EES og skattaréttur

Abstract: The main topic of this article is the impact of the principle of non-discrimination and restriction, based on the fundamental freedoms of the EEA Treaty, on member states' legislation on direct taxation. An important question is what circumstances can justify exceptions to this principle. Court decisions reflect a demand that taxation rules show considerable impartiality towards parties' nationality and location, a stance which is grounded in the goal of a smoothly functioning internal market. Yet the judgements of the EU Court are not always clear, and many other perspectives influence them, not least of all member states' efforts to keep control over tax law, as well as the difficulty of integrating European law with established rules in international tax law. Double taxation treaties and other tax law agreements can also influence the way such affairs are resolved. EEA law is founded on the same main perspectives that are followed in the EU and the expectation is that similar provisions of the two agreements will be interpreted and applied in the same way. However, neither the EU's secondary legislation in the tax law area nor those changes in the EU treaties which have been made since the EEA Treaty went into force have been implemented in the EEA agreement. This can mean that decisions in cases involving EEA countries can differ from those involving only EU countries.

Keywords: European tax law, principle of non-discrimination and restriction, fundamental freedoms of the EEA and tax law

1. Inngangur og afmörkun efnis

EES-samningurinn fjallar ekki með beinum hætti um skattlagningu og afleidd löggjöf Evrópusambandsins sem varðar beina skatta var hvorki tekin upp í innlenda löggjöf við upphaflega gerð samningsins né síðar. Engu að síður er nú ljóst að almennar reglur samningsins, einkum ákvæðin um fjórfrelsið og almenn regla um almennt bann við mismunun á grundvelli þjóðernis, takmarka heimild stjórnvalda til að haga skattamálum sínum að vild. Þannig hefur dómstóll Evrópusambandsins og EFTA-dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu í fjölmörgum málum að skattalöggjöf aðildarríkja hafi falið í sér brot á þessum reglum með því að mismuna borgurum aðildarríkja sambandsins eða EES-svæðisins, ýmist með beinum eða óbeinum hætti eða með því að takmarka eða hindra borgara svæðisins í að fá notið frelsisákvæða samninganna.

Í þessari grein verður gerð grein fyrir þeim meginsjónarmiðum sem beitt er við mat á því hvort skattareglur aðildarríkja Evrópusambandsins eða EES-ríkja samræmast samningsskuldbindingum þeirra.

Uppbygging greinarinnar er með þeim hætti að fyrst er gerð grein fyrir tengslum EES-réttar og skattaréttar og farið nokkrum orðum um þróun skattaréttar innan Evrópusambandsins auk þess sem tengslum réttarreglna á vettvangi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins eru gerð skil. Þá er fjallað um hvaða frelsi EES-samningnum er ætlað að vernda og hvernig skattareglur geta takmarkað þetta frelsi með ólögmætum hætti, annaðhvort með beinni eða óbeinni mismunun á grundvelli þjóðernis eða með annars konar takmörkunum á fjórfrelsisákvæðum samningsins. Að síðustu er gerð grein fyrir sjónarmiðum sem lúta að brýnum almannahagsmunum, sem réttlætt geta annars ólögmætar ráðstafanir aðildarríkja og reifuð sjónarmið sem skattyfirvöld hafa látið reyna á í dómsmálum í því efni. Sjónum er fyrst og fremst beint að dómum sem varða skattlagningu fyrirtækja en í meginatriðum eiga sömu reglur við um skattlagningu einstaklinga. Dómar Evrópu-dómstólsins eru aðalviðfangsefni greinarinnar þar sem dómar EFTA-dómstólsins eru fáir á þessu sviði.

2. Tengsl EES-réttar og skattaréttar

Skattareglur eru í eðli sínu landsreglur þar sem heimildir einstakra ríkja til að heimta skatt byggjast annaðhvort á tengslum skattgreiðanda við landið eða tengslum þeirra verðmæta eða tekna, sem skattleggja á, við landið. Vísað er til þessara tengsla annars

vegar sem alheimsskattareglunnar og hins vegar sem upprunareglunnar.¹ Skattskylda á Íslandi byggist á báðum þessum reglum, svo sem algengt er. Annars vegar hvílir *full skattskylda* á þeim sem eru heimilisfastir á Íslandi og felst í því að skattskyldan nær til allra tekna viðkomandi, hvar sem þeirra er aflað. Þetta er meginregla tekjuskattslaganna og kemur fram í 1. og 2. gr. laga 90/2003. Heimilisfesti ræður hér skattskyldunni. Hvað einstaklinga varðar þá teljast þeir heimilisfastir sem eiga hér lögheimili.² Fyrirtæki eru heimilisföst hér á landi ef þau eru skráð hér á landi, telja heimili sitt hér á landi samkvæmt samþykktum sínum eða ef raunveruleg framkvæmdastjórn þess er hér á landi. Skattskylda þessara aðila hvílir á alheimstekju-reglunni. Út frá skattapólitísku sjónarmiði er þessari reglu ætlað að ná fram ákveðnu jafnræði meðal skattgreiðenda þar sem geta manna til að greiða skatta fer eftir heildartekjum þeirra en ekki eftir því hvar teknanna er aflað. Hins vegar geta aðrir, þ.e. þeir sem ekki hafa hér fasta búsetu, borið *takmarkaða skattskyldu* hér á landi á grundvelli upprunareglunnar. Í því felst að skattskyldan á Íslandi nær eingöngu til þeirra tekna sem aflað er hér á landi. Skattskyldan byggir í þessu tilviki á tengslum tekna við landið fremur en tengslum skattgreiðandans við það.³

Reglurnar í kringum fulla og takmarkaða skattskyldu eru í mörgu frábrugðnar, bæði hvað varðar útreikning skattstofns og skatthlutfall. Af þessari uppbyggingu skattkerfisins leiðir því að í fjölmörgum tilvikum getur verið um mismunandi skattlagningu að ræða sem byggir á búsetu eða staðsetningu skattgreiðanda. Það er rannsóknarefni hverju sinni hvort sú mismunun brjóti í bága við alþjóðlega samninga sem Ísland er aðili að. Þróun undanfarinna ára er augljóslega sú að skattareglur teljast, í víðtækara mæli en áður, brjóta í bága við ákvæði alþjóðasamninga sem leggja bann við mismunun og kveða á um skyldu ríkja til að gæta jafnræðis. Ekki síst gætir þessarar þróunar á sviði Evrópuréttar, þ.e. réttar Evrópusambandsins og EES-réttar, svo sem nánar er fjallað um í þessari grein. Aðrir alþjóðasamningar hafa líka haft áhrif í þessa átt. Í tvísköttunarsamningum er bann við mismunun sem reynt hefur á í ríkari mæli en áður og skattareglur hafa einnig komið til skoðunar í tengslum við brot á ákvæðum Mannréttindasáttmála Evrópu.⁴

Annað einkenni skattareglna, sem leiðir af lögsögu og fullveldi ríkis, er það að hverju ríki er heimilt að haga skattamálum að vild. Flest ríki hafa verið treg til að semja frá sér þetta frjálsræði. Það liggur í augum uppi að miklir hagsmunir felast í því fyrir sérhvert ríki að hafa sem mest frjálsræði í skattamálum. Skattkerfið er grundvöllur tekjuöflunar ríkisins og hefur úrslitaáhrif á möguleika þess til að ákveða

1 Á dönsku nefnt „globalintektstprinsippet“ og „territorialprinsippet“ en á ensku „residence jurisdiction“ og „source jurisdiction.“ Sjá nánar almenna umfjöllun um lögsögu skattaréttar í Brian J. Arnold og Michael J. McIntyre, *International Tax Primer*, bls. 15-24.

2 Fleiri aðilar en þeir sem eiga hér lögheimili geta borið fulla skattskyldu á grundvelli 1. gr., s.s. þeir sem dvelja eða starfa hér lengur en 183 daga á sérhverju 12 mánaða tímabili, sbr. 2.-4. tölul. 1. gr.

3 Um skattapólitísk sjónarmið í alþjóðlegum skattarétti sjá nánar Frederik Zimmer, *Internasjonal inntektskatterett*, bls. 69-72.

4 Sjá m.a. Philip Baker, „Taxation and the European Convention on Human Rights,“ bls. 211-377.

umfang útgjalda og um leið umfang samneyslu í þjóðfélaginu og þjónustu hins opinbera. Þannig hefur verið almenn tregða hjá aðildarríkjum Evrópusambandsins að samræma skattareglur aðildarríkjanna þótt framkvæmdastjórnin hafi beitt þrýstingi í þá átt. Við gerð EES-samningsins var skattamálum, þ.e. beinum sköttum, alfarið haldið utan samningsins og svo virðist sem þeim hafi verið lítil gaumur gefinn við samningsgerðina.⁵ Það hefur hins vegar orðið æ ljósara að almenn ákvæði samningsins setja því talsverðar skorður með hvaða hætti EES-ríkin geta hagað skattamálum sínum. Reynir þar helst á ákvæði 31. gr. samningsins um staðfesturétt, 40. gr. um frjálsa fjármagnsflutninga og 28. gr. um frjálsa för launafólks, að því er skattlagningu einstaklinga varðar, auk hins almenna ákvæðis um bann við mismunun á grundvelli þjóðernis í 4. gr. samningsins.

2.1. Reglur Evrópusambandsins um beina skatta

Í meginmáli sáttmálans um Evrópusambandið (ESB)⁶ eru afar fá ákvæði sem varða beina skatta enda eru skattlagningaheimildir á valdsviði aðildarríkjanna. Hins vegar eru nokkur ákvæði sem fjalla um vöruskatta og aðra óbeina skatta.⁷

Til að tilskipun á sviði beinna skatta öðlist gildi innan ESB þarf einróma samþykki allra aðildarríkjanna en almenna reglan um tilskipanir er varða innri markaðinn er hins vegar sú að aukinn meirihluti nægir til samþykkis þeirra.⁸ Krafa um einróma samþykki tilskipana á sviði skattamála hefur gert það mjög þungt í vöfum að fá slíkar tilskipanir samþykktar og tillögur þar að lútandi eru árum saman til meðferðar innan stofnana Evrópusambandsins. Niðurstaðan er því oft reglur sem eru órafjarri upphaflegum tillögum, byggðar á málamiðlunum milli margra og ólíkra hagsmuna og sjónarmiða. Þær tilskipanir sem settar hafa verið á þessu sviði eru tilskipun

5 Sjaldnast er minnst á beina skatta í gögnum eða ritum frá þeim tíma er samningurinn var í undirbúningi eða öðlaðist gildi. Í Thérèse Blanchet o.fl., *The Agreement on the European Economic Area*, bls. 20 er þess eins getið um skattamál að þau eru í dæmaskyni nefnd sem málefni sem gætu á síðari stigum orðið hluti EES-samningsins á grundvelli 118. gr., ef samningsaðilar óskuðu eftir því.

6 Hér er átt við sáttmálann um starfsemi Evrópusambandsins (e. Treaty on the Functioning of the European Union), eins og hann er nefndur eftir samþykkt Lissabon sáttmálans sem gekk í gildi 1. desember 2009. Sú útgáfa sem vísað er til í þessari grein er uppfærð útgáfa sem birt er í OJ 30.3.2010 (OJ C 85 E/47). Með sáttmálanum hafa verið felldar út allar tilvísanir til Evrópubandalagsins (EB) og því er hér notast við Evrópusambandið og vísað til greina sáttmálans með ESB fyrir aftan númer greina (e. TFEU). Notast er við hugtökin Evrópusambandsréttur eða sambandsréttur þar sem áður var vísað til EB-réttar eða bandalagsréttar. Þegar vísað er til greina í eldri útgáfu sáttmálans er notuð skammstöfunin EB fyrir aftan númer greina. Er þá átt við greinanúmer eins og þau voru fyrir gildistöku Lissabon sáttmálans.

7 Ákvæði 65. gr. ESB (áður 58. gr. EB) er eina ákvæðið sem víkur að beinum sköttum og veitir aðildarríkjum heimild til að grípa til aðgerða gegn skattalagabrotum. Ákvæði þetta kom fyrst inn með Maastricht sáttmálanum, grein G (15). Samsvarandi ákvæði er ekki í EES-samningnum. Þá var í EB-samningnum ákvæði í 293. gr. EB um tvísköttunarsamninga milli aðildarríkja ESB en ákvæðið var fellt brott með Lissabon sáttmálanum.

8 Reglur sem varða beina skatta eru settar með heimild í 115. gr. ESB (áður 94. gr. EB) en flestar aðrar tilskipanir sem varða innri markaðinn eru settar á grundvelli 294. gr. ESB (áður 251. gr. EB).

94/435/EC varðandi skattlagningu móður- og dótturfélaga, tilskipun 90/434/EC um samruna o.fl., tilskipun 2003/49/EC um skattlagningu vaxta og þóknana og tilskipun 2003/48/EC um skattlagningu vaxta af sparifé einstaklinga. Að auki eru í gildi samningur á milli Evrópusambandsríkjanna um gerðardóm í málum er varða milliverðlagningu (transfer pricing), sbr. tilskipun 90/436/EEC og samningur um gagnkvæm skipti á upplýsingum í skattamálum, sbr. tilskipun 77/799/EEC, sem breytt hefur verið nokkrum sinnum síðan, síðast með tilskipun 2004/56/EC. Framkvæmdastjórnin hefur lengi verið þeirrar skoðunar að fella eigi niður kröfuna um einróma samþykki aðildarríkja að því leyti sem skattamál varða starfrækslu innri markaðarins. Hún hefur bent á að það sé nánast útilokað að ná fram nauðsynlegri samræmingu skattareglna ríkja ESB með núverandi fyrirkomulagi.⁹ Um árabil hefur einnig verið unnið að því á vettvangi framkvæmdastjórnarinnar að móta reglur um tiltekna samræmingu á skattareglum Evrópusambandsins án þess að áþreifanlegur árangur hafi náðst í þeim efnum.¹⁰

Það eru hins vegar almenn ákvæði sáttmálans sem hafa með beinum hætti haft áhrif á skattalöggjöf aðildarríkja sambandsins. Þetta eru fyrst og fremst ákvæði um fjórfrelsið, þ.e. um frjáls vöru- og þjónustuviðskipti, frjálsa för fólks, þar á meðal frelsi til að hefja og stunda sjálfstæða atvinnustarfsemi og frelsi til fjármagnsflutninga í 45.-66. gr. sáttmálans. Hvað varðar skatt á fyrirtæki þá hefur einkum reynt á ákvæðin um rétt fólks til að setja á stofn félög og fyrirtæki, (staðfesturétturinn) í 49. og 54. gr. ESB (áður 43. og 48. gr. EB), og ákvæði um frjálsa fjármagnsflutninga í 63. gr. ESB (áður 56. gr. EB). Nátengt fjórfrelsisreglunum er svo almennt bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs eða þjóðernis í 18. gr. ESB (áður 12. gr. EB). Auk þessa hefur reynt á lögmæti skattareglna út frá banni við ríkisstyrkjum í 107. og 108. gr. ESB (áður 87. og 88. gr. EB).

Í upphafi komu engin mál varðandi beina skatta til kasta Evrópuþómstólsins en frá því í upphafi tíunda áratugar síðustu aldar hefur fjöldi mála vaxið hröðum skrefum.¹¹ Fyrsta mál dómstólsins á sviði skattamála var Avoir-Fiscal málið frá 28. janúar 1986¹² þar sem útibú félaga, sem skráð voru erlendis, nutu ekki sömu skattaívilnana og frönsk fyrirtæki þótt þau að öðru leyti væru skattlögð með sama hætti. Þessa mismunun taldi dómstóllinn brjóta gegn þágildandi 52. gr. EB um staðfesturétt fyrirtækja (nú 49. gr. ESB).

49. grein ESB og 31. gr. EES-samningsins, sem eru efnislega samhljóða, er ætlað að tryggja að ríkisborgarar aðildarríkja Evrópusambandsins og Evrópska efnahags-svæðisins geti án nokkurra hindrana sett á stofn fyrirtæki eða rekið sjálfstæða at-

9 COM (2003) 548 final, bls. 7.

10 Sjá umfjöllun um þær tilraunir í Ingibjörg Þorsteinsdóttir, „Evrópskur skattaréttur: átök og árangur á sviði skattaréttar Evrópusambandsins.“

11 Fram til ársins 1985 var enginn úrskurður kveðinn upp um beina skatta, á tímabilinu 1986-1994 voru 5 mál á þessu sviði og á árunum 1995-2005 voru þau tæplega 50. Í árslok 2006 voru um 50 mál á sviði beinna skatta í gangi fyrir dómstólum.

12 Mál C-270/83.

vinnustarfsemi í öðrum ríkjum innan svæðisins. Þeir eiga með öðrum orðum að vera eins settir gagnvart lögum og stjórnvöldum viðkomandi ríkis og þess eigin ríkisborgarar. Í staðfesturéttinum felst einnig réttur fyrirtækja til að setja á stofn önnur fyrirtæki utan síns heimalands og að hafa val um rekstrarform þeirra, hvort þau vilji reka þau sem dótturfélög eða útibú. Markmið þessara reglna eru fyrst og fremst þau að veita ríkisborgurum aðildarríkja svæðisins tækifæri til að taka þátt í og njóta arðs af efnahagslífi utan síns heimalands á traustum og viðvarandi grundvelli, eins og segir í 53. grein Cadbury Schweppes málsins, C-196/04.

2.2. Samspilið milli réttar ESB og EES

Eitt meginmarkmið EES-samningsins er að búa til einsleitt efnahagssvæði. Með einsleitni er átt við að eins reglur og samræmd framkvæmd gildi á öllu svæðinu á þeim sviðum sem samningurinn nær til. Í aðfaraorðum samningsins segir m.a. að það sé markmið samningsaðila að mynda öflugt og einsleitt evrópskt efnahagssvæði er grundvallist á sameiginlegum reglum og sömu samkeppnisskilyrðum, tryggri framkvæmd, meðal annars fyrir dómstólum, og jafnrétti, gagnkvæmni og heildarjafnvægi hagsbóta, réttinda og skyldna samningsaðila. Jafnframt segir að samningsaðilar hafi einsett sér að beita sér fyrir því að frelsi til vöruflutninga, fólksflutninga, þjónustustarfsemi og fjármagnsflutninga verði sem víðtækast á öllu svæðinu.

Ákvæði EES-samningsins, sem helst reynir á varðandi beina skatta, þ.e. ákvæðin um frjálsa för launafólks í 28. gr., staðfesturéttinn í 31.-35. gr. og frjálsa fjármagnsflutninga í 40. gr. og hið almenna ákvæði um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs í 4. gr., eru efnislega sambærileg ákvæðum um sama efni í ESB sáttmálanum þótt sá síðarnefndi hafi tekið ýmsum breytingum frá gildistöku EES-samningsins.¹³ Þó hafa einstakar breytingar verið gerðar á sáttmálum Evrópusambandsins sem snúa beint að skattamálum, s.s. 65 gr. ESB sem fela í sér ákveðnar tilslakanir á skattareglum sem tengjast frjálsum fjármagnsflutningum.¹⁴

Þá er þess líka að gæta að tilskipanir ESB á sviði beinna skatta hafa ekki verið teknar upp í EES-samninginn og hafa því ekki áhrif í EES-ríkjunum. Jafnframt verður að hafa í huga að tvíhliða eða marghliða samningar einstakra ríkja, einkum tvískött-

13 Sjá nánar samanburð Stefáns Más Stefánssonar í *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið á efnislegu innihaldi ESB og EES reglna*.

14 Grein þessi kom fyrst inn í sáttmála EB með Maastricht sáttmálanum árið 1993 og var þá grein 73d. Í greininni segir að m.a. að ákvæði sáttmálans um frjálsa fjármagnsflutninga komi ekki í veg fyrir að í skattalöggjöf aðildarríkjanna sé gerður greinarmunur á skattgreiðendum sem ekki eru í sömu stöðu að því er varðar annaðhvort búsetustað eða hvar fjárfest er. Jafnframt er ákvæði í greininni sem heimilar aðildarríkjum að grípa til nauðsynlegra aðgerða til að koma í veg fyrir skattalagabrot. Gildissvið greinarinnar var af ýmsum talið óljóst og jafnvel ekki talið fela í sér annað en staðfestingu á fyrri dómaframkvæmd Evrópu dómstólsins. Sjá m.a. Kristina Ståhl, „EU-samarbetets betydelse på den direkta beskattningens område – gemenskapens kontra medlemsstaternas intressen.“ Með Lissabon sáttmálanum var bætt við ákvæði í 4. mgr. greinarinnar sem varðar aðgerðir gagnvart þriðju ríkjum.

unarsamningar, geta haft áhrif á niðurstöðu mála á sviði Evrópuréttar. Framangreind atriði kunna í einhverjum tilvikum að leiða til þess að ekki er unnt að túlka reglur EES-samningsins á sama hátt og reglur ESB á sama sviði og torvelda þannig að markmiðum um einsleitni verði náð. Að minnsta kosti í einu máli hefur Evrópudómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að mismunandi reglur giltu annars vegar innan ESB og hins vegar gagnvart EES-ríkjunum á þeirri forsendu að í gildi væri samningur milli aðildarríkja ESB um gagnkvæma aðstoð í skattamálum.¹⁵ Þetta verður að hafa í huga við mat á gildi dóma Evrópudómstólsins. Réttarþróun næstu ára mun leiða í ljós hvort misræmi verður meira eða minna einkennandi á sviði skattaréttar.

Við núverandi stöðu EES-réttar og ESB-réttar má hins vegar ganga út frá því að í skattamálum reyni helst á meginreglur ESB/EES réttar um fjórfrelsið, sem eru í öllum aðalatriðum eins á öllu EES svæðinu, og því hægt að ganga út frá því að markmið um einsleitni sé í flestum tilvikum hægt að leggja til grundvallar úrlausn mála. Til að ná fram því markmiði hér á landi er bæði beitt almennum lögskýringaraðferðum varðandi þjóðréttarsamninga og sérstökum aðferðum við lögskýringar og meðferð réttarheimilda sem eiga sér ekki hliðstæðu í öðrum þjóðréttarsamningum.

Í fyrsta lagi skal skýra lög og reglur til samræmis við ákvæði EES-samningsins. Þetta kemur fram í 3. gr. laganna um Evrópska efnahagssvæðið og er í samræmi við almennt viðurkennda lögskýringarreglu varðandi þjóðréttarsamninga. Í henni felst að reynt er að skýra innlendar lagareglur til samræmis við ákvæði þjóðréttarsamninga eftir því sem framast er kostur. Af dómafordæmum Hæstaréttar má ráða að rétturinn gengur langt í að beita slíkri samræmisskýringu.¹⁶

Í öðru lagi hefur EES-samningurinn ásamt bókunum og viðaukum við hann verið lögfestur í heild, sbr. lög nr. 2/1993, með síðari breytingum. Því þarf ekki að velkjast í vafa um gildi þeirra reglna sem skýrt koma fram í samningnum sjálfum, svo sem vera kynni ef samningurinn væri ólögfest þjóðréttarskuldbinding. Ákvæði samningsins hafa því að þessu leyti sömu stöðu sem réttarheimild og önnur sett lög, sem hefur m.a. þá þýðingu að einstaklingar geta byggt rétt sinn á ákvæðum samningsins. Ákvæði EES-samningsins kunna hins vegar að ganga framár ákvæðum annarra laga sé þetta tvennt ósamrýmanlegt. Þetta er talið byggja á 3. gr. laganna þótt orðalag ákvæðisins gefi ekki skýra vísbendingu í þessa átt. Í 3. gr. laganna segir einfaldlega að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja. Í athugasemdum við greinina í frumvarpi laganna segir hins vegar: „Í 3. gr. felst m.a. að innlend lög sem eiga stöð í EES-samningnum verði jafnan túlkuð sem sérreglur laga gagnvart ósamræmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög víki þeim ekki ef þau stangast á, nema lög-gjafinn taki það sérstaklega fram.“¹⁷ Segir þar ennfremur að þessi regla sé nauðsynleg

15 Sjá C-540/07, Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu. Um dóm þennan er nánar fjallað í kafla 3.3. um virkt skatteftirlit.

16 Sjá t.d. hrd. 1990.2.

17 *Alþingistíðindi*, 116. löggjafarþing (1992), mál 1, þingskjal 1.

til að tryggja samræmi í reglunum á Evrópska efnahagssvæðinu. Í hrd. 2003.2045 beitir Hæstiréttur þessari lögskýringu og kemst að þeirri niðurstöðu að ákvæði 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins sé sérregla sem gangi frammar ákvæði 6. tölul. 14. gr. laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt. Talið var að túlka bæri ákvæði EES-samningsins sem sérreglu fram yfir ákvæði virðisaukaskattslaga og þeim síðarnefndu yrði því ekki beitt. Þessi niðurstaða er hins vegar ekki augljós með skoðun á innihaldi og og eðli þeirra laga sem um ræðir. Þvert á móti sýnist eðlilegt að líta á lög nr. 50/1988 sem sérlög gagnvart almennum ákvæðum EES-samningsins í lögum nr. 2/1993.

Í þriðja lagi hafa dómsúrlausnir Evrópudómstólsins mikla þýðingu við túlkun EES-samningsins. Samkvæmt 6. gr. samningsins ber við framkvæmd og beitingu ákvæða hans að túlka þau í samræmi við úrskurði dómstóls Evrópubandalaganna¹⁸ sem máli skipta og kveðnir hafa verið upp fyrir undirritunardag samningsins að því tilskildu að ákvæði EES-samningsins séu efnislega samhljóða ákvæðum í sáttmálum bandalaganna. Samsvarandi ákvæði er einnig í 1. mgr. 3. gr. samnings EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (ESE). Í 2. mgr. 3. gr. ESE er ennfremur ákvæði sem varðar úrlausnir Evrópudómstólsins sem falla eftir gildistöku EES-samningsins. Þar segir að taka skuli tilhlýðilegt tillit til þeirra meginreglna sem mælt er fyrir um í viðkomandi úrskurðum dómstólsins. Með þessu móti hafa úrlausnir Evrópudómstólsins verið gerðar að mikilvægum fordæmum og lögskýringargögnum. Íslenskum stjórnvöldum og dómstólum ber að taka mið af þeim sem og stofnunum á borð við ESA og framkvæmdastjórn ESB sem og EFTA-dómstólinn. Varðandi dóma, sem fallið hafa fyrir gildistöku EES-samningsins, segir að það séu þeir dómur sem „máli skipta“ sem leggja beri til grundvallar. Með því er átt við dóma sem varða þau svið sem EES-samningurinn tekur til, einkum fjórfrelsisreglurnar og reglur um samkeppni. Auk þess kann dómstóllinn að móta meginreglur í dómum sem strangt til tekið varða önnur svið en ber samt að líta á sem meginreglur í ESB-rétti, m.a. við framkvæmd og beitingu reglna á framangreindum sviðum. Telja má víst að þær meginreglur, sem Evrópudómstóllinn hefur þannig mótað á sviðum sem EES-samningurinn tekur strangt til tekið ekki til en teljast engu að síður til meginreglna í ESB-rétti, geti einnig talist hluti EES-samningsins á grundvelli 6. gr. hans.¹⁹ Þrátt fyrir orðalag 2. mgr. 3. gr. ESE, varðandi gildi dóma sem fallið hafa eftir gildistöku EES-samningsins, er á því byggt að í reynd hafi aðgreining á dómum fyrir og eftir það tímamark litla eða enga þýðingu í framkvæmd.²⁰ Þessi staða úrlausna Evrópudómstólsins er mikilvægur lykilli að því að tryggja einsleitni á EES-svæðinu því dómstóllinn hefur með áratuga langri starfsemi haft víðtæk áhrif á innhald þeirra meginreglna sem settar eru fram í ESB-sáttmálanum og eiga sér samsvörun í EES-sam-

18 Heiti dómstólsins breyttist með Lissabon-sáttmálanum og heitir nú á ensku Court of Justice í stað Court of Justice of the European Communities. Hér vísast til hans sem Evrópudómstólsins eða dómstóls Evrópusambandsins.

19 Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur*, bls. 311.

20 Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur*, bls. 316.

ingnum. Ef svigrúm væri til mismunandi túlkunar ákvæðanna væri markmið um einsleitni fyrir bí. Á grundvelli þess sem að framan er rakið er því gengið út frá því að allar úrlausnir Evrópudómstólsins, sem varða beina skattlagningu aðildarríkja ESB og samþýðanleika þeirra við fjórfrelsisákvæði EB-samningsins, skuli lagðar til grundvallar í sambærilegum málum hér á landi.

Í fjórða og síðasta lagi skal nefnt hér að liður í því að tryggja einsleitni reglna á Evrópska efnahagssvæðinu er möguleiki íslenskra dómstóla til að leita álits EFTA-dómstólsins varðandi álitafni honum tengd. EFTA-dómstóllinn, sem er í flestu hliðstæður dómstól Evrópusambandsins, notar svo aftur beint fordæmi þess síðarnefnda við túlkun á efnislega sambærilegum reglum EES-réttar.

Að þessu sögðu verður þó að leggja áherslu á það sem segir í upphafi kaflans um að alltaf þurfi að kanna hvort mismunandi þróun reglna hafi átt sér stað innan ESB annars vegar og EES hins vegar, ýmist vegna breytinga á sáttmála ESB, afleiddrar löggjafar eða fyrir áhrif samninga einstakra ríkja, tveggja eða fleiri sbr. áður nefndan dóm Evrópudómstólsins frá árinu 2009.

3. Frelsisákvæði EES-réttar og beinir skattar

Eins og fram hefur komið er ekki fjallað um beina skatta í EES-samningnum og engar tilskipanir á því sviði hafa verið teknar upp í samninginn, hvorki við undirritun hans né síðar þar sem þær teljast ekki vera hluti samningsins.²¹ Hins vegar eru í samningnum ákvæði sem varða óbeina skatta sem miða að því að tryggja frjálst flæði vöru, m.a. 14. gr. samningsins sem leggur bann við mismunandi skattlagningu innlendra og erlendra vara. Í áður nefndum dómi hæstaréttar, hrd. 2003.2045, var niðurstaðan sú að reglur um misháan virðisaukaskatt á bækur á íslensku annars vegar og erlendum tungumálum hins vegar væri óbein mismunun sem stríddi gegn 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins.

Við gildistöku EES-samningsins var talið að samningurinn hefði ekki áhrif á reglur um beina skatta. Í málfutningi fyrir EFTA-dómstólnum í máli nr. E-6/98, þar sem deilt var um fyrirkomulag svæðisbundins tryggingargjalds í Noregi, héldu norsk stjórnvöld því þannig fram að umdeildar reglur, sem stefnandi taldi stríða gegn ríkisstyrkjaákvæðum EES-samningsins, væru hluti af almennu skattkerfi landsins og féllu sem slíkar utan gildissviðs samningsins.²² Dómurinn féllst ekki á þessi rök og segir m.a. í niðurstöðu sinni að ekki beri að halda skattareglum utan við samninginn, líta verði til áhrifa reglnanna en ekki heitis þeirra þegar metið er hvort þær stríði gegn almennum ákvæðum EES-samningsins.²³ Sama afstaða kemur fram í

21 Sjá hins vegar Jón Elvar Guðmundsson, „European tax law in the relations with the EFTA countries,“ um áhrif EES-réttar á afleidda löggjöf ESB á sviði beinna skatta. Hann telur að Evrópusambandsríkjunum sé skylt að veita EES-ríkjum sömu meðferð og ESB-ríkjum á grundvelli slíkrar löggjafar.

22 Sjá nánar greinar 24-26.

23 Grein 34.

máli E-5/04, Fesil ASA og Finnfjord Smelteverk AS gegn ESA, og í máli E-1/04, Fokus bank-málinu. Í síðarnefnda málinu tekur dómurinn fram að þótt skattkerfi falli að meginstefnu utan sviðs samningsins verði aðildarríki engu að síður að beita skattlagningarrétti sínum í samræmi við almennar reglur samningsins.²⁴ Þessi niðurstaða EFTA-dómstólsins er í samræmi við margstaðfesta afstöðu Evrópuþingdómstólsins.²⁵

3.1. Almennt um bann við mismunun

Bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs er grundvallarstef í EES-rétti. Bannið kemur fram í 4. gr. EES-samningsins þar sem segir að hvers konar mismunun á grundvelli ríkisfangs sé bönnuð á gildissviði samningsins nema annað leiði af einstökum ákvæðum hans. Ákvæði þetta er efnislega samhljóða núverandi 18. gr. ESB. Í skattarétti hafa þessi almennu ákvæði um bann við mismunun ekki mikla sjálfstæða þýðingu þar sem reglur innri markaðarins, einkum reglurnar um fjórfrelsið, ganga framur þeim.²⁶ Því eru skattamál yfirleitt rekin á grundvelli brota á reglum innri markaðarins, einhvers frelsisákvæðanna eða samkeppnisreglum. Fjórfrelsisreglurnar fela í sér víðtækara bann en felst í banni við mismunun þar sem ákvæðunum er einnig ætlað að koma í veg fyrir að aðildarríkin hindri eða takmarki það frelsi sem ákvæðin fjalla um.

Í banni við mismunun felst bæði að bannað er að mismuna eða meðhöndla aðila í sömu stöðu á mismunandi hátt án gildra efnisraka og jafnframt er bannað að afgreiða ósambærileg mál með sama hætti, án gildra efnisraka.²⁷ Bannið í 4. gr. EES (18. gr. ESB) er bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs. Hvað fyrirtæki varðar, þá er átt við það hvar fyrirtæki hefur skráða skrifstofu eða eftir atvikum hvar yfirstjórn þess eða aðalstöðvar eru staðsettar, sbr. 34. gr. EES-samningsins.²⁸ Bannið gildir almennt á tvo vegu; ríkjum er bæði bannað að mismuna eigin fyrirtækjum sem og erlendum, þ.e. brotið getur falist í því að reglurnar torveldi fyrirtækjum ríkis að stunda starfsemi annars staðar á EES-svæðinu eða að reglurnar beinist að erlendum fyrirtækjum sem stunda starfsemi í viðkomandi ríki.²⁹

24 Grein 20.

25 Sjá t.d. grein 29 í máli C-446/03, Marks & Spencer.

26 18. gr. ESB er almenn regla (lex generalis) um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs en önnur ákvæði sáttmálans, s.s. fjórfrelsisákvæðin, eru sérreglur (lex specialis) að því er varðar gildissvið þeirra ákvæða. Þetta þýðir að einstök frelsisákvæði ganga framur almennu reglunni en hins vegar er aðferðin við að meta hvort um mismunun sé að ræða sú sama hvort sem byggt er á almennri reglu eða sérákvæði. Sjá Jeppe R. Stokholm, *EU skatteret*, bls. 138 o.áfr.

27 Stefán Már Stefánsson, „Leyfilegar takmarkanir á fjórfrelsisákvæðum EB/EES réttar,“ bls. 412.

28 Sjá líka 20. grein í máli C-212/97, Centros, þar sem segir m.a.: „The location of their registered office, central administration or principal place of business serves as the connecting factor with the legal system of a particular State in the same way as does nationality in the case of a natural person.“

29 Sjá t.d. grein 42 í máli C-9/02, Lasteyrie du Saillant, og dóma sem þar er vísað til.

Með banni við mismunun er ekki bara átt við augljósa mismunun byggða á ríkisfangi heldur hefur Evrópudómstóllinn einnig lýst þeirri reglu að sérhver óbein eða dulin mismunun, sem í framkvæmd leiðir til sömu niðurstöðu, sé brot á reglunni um bann við mismunun.³⁰ Óbein eða dulin mismunun felst þá í því að beita reglum sem ekki byggja á þjóðerni skattgreiðenda, eða í tilviki fyrirtækja á heimilisfesti þeirra, til að ákvarða mismunandi skattgreiðslur sem í reynd leiða til þess að borgarar annarra ríkja er mismunandi gagnvart eigin borgurum ríkisins. Í máli C-195/90, Framkvæmdastjórnin gegn Þýskalandi, reyndi á lögmæti reglna varðandi skattlagningu þungaflutninga. Skattur var lagður á notkun atvinnubifreiða á þýskum vegum en samhliða upptöku skattsins voru gerðar aðrar skattalagabreytingar sem miðuðu að því að létta af þýskum atvinnubifreiðafyrirtækjum skatti jafnháum nýju álögunum. Í raun hafði skattlagningin því einungis áhrif á skattbyrði erlendra fyrirtækja og bætti samkeppnisstöðu þýskra fyrirtækja sem því nam. Þetta taldi dómstóllinn að bryti í bága við reglur bandalagsins um flutningastarfsemi.³¹ Í máli C-324/00, Lankhorst-Hohorst, var niðurstaða dómstólsins byggð á sömu sjónarmiðum.

Þá er stundum greint á milli þess sem kallað er lóðrétt og lárétt mismunun. Með lóðréttri mismunun (d. *vertikal forskelsbehandling*, e. *vertical discrimination*) er átt við mismunun sem byggir á því að starfsemi, sem fer fram innan viðkomandi ríkis, er skattlögð með hagfelldari hætti en sams konar starfsemi sem fer fram að hluta til í öðru aðildarríki. Lóðrétt mismunun felur því alltaf í sér skoðun á einhverri efnahagslegri starfsemi sem fer fram í fleiri en einu aðildarríki.³² Lárétt mismunun felur hins vegar í sér mismunun byggða á öðru en staðsetningu eða heimilisfesti, s.s ef reglur eru mismunandi eftir félagiformi, t.d. þannig að fyrirtæki, sem stofnar dótturfélag í öðru ríki fær aðra skattlega meðferð í heimaríki sínu heldur en fyrirtæki í sambærilegri stöðu sem stofnar útibú í sama þriðja ríki. Hér er það ekki skilgreiningaratriði að starfsemin fari fram í fleiri en einu ríki heldur hitt í hvaða félagiformi hún er stunduð.

3.2. Hvenær er um mismunun að ræða?

Útgangspunkturinn við mat á því hvort brotið er gegn banni við mismunun á sviði skattaréttar er að kanna hvort staða aðila, sem bornir eru saman, sé sambærileg því bann við mismunun felst í því að ekki má mismuna aðilum sem eru í *sambærilegri stöðu*. Það getur hins vegar verið nokkuð snúið að lesa út úr dómum Evrópudóm-

30 Omar G. Dajani o.fl., *EØS-avtalen og norsk skatterett*, bls. 59, þar sem vísað er til máls C-360/89, Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu.

31 Þótt málið varði ekki brot á fjórfrelsisreglunum hefur það þýðingu hér varðandi það hvernig mismunun getur talist andstæð samningnum þótt hún sé óbein afleiðing einstakrar skattlagningar. Sjá nánar Nikolaj Vinther og Erik Werlauff, „Hvad bør Danmark gøre ved problemet „tynd kapitalisering““ eftir dommen in Lankhorst-Hohorst?“

32 Jeppe R. Stokholm, *EU skatteret*, bls. 140.

stólsins og EFTA-dómstólsins, hvaða þættir eru valdir til að bera saman og hvernig sá samanburður fer fram.

Hvað einstaklinga varðar þá hefur Evrópudómstóllinn slegið því föstu að þeir sem eru heimilisfastir og þeir sem ekki eru heimilisfastir í tilteknu ríki, geti vanalega ekki talist vera í sambærilegri stöðu í upprunalandsríkinu. Þetta er í samræmi við viðurkennda reglu á sviði alþjóðlegs skattaréttar að greint er á milli þeirra sem bera fulla og takmarkaða skattskyldu eftir því hvar þeir eru heimilisfastir. Þetta kemur m.a. fram í Schumacker málinu, C-279/93. Þetta sjónarmið skýrist af því að venjulega afla þeir, sem ekki eru heimilisfastir í viðkomandi ríki, einungis hluta eða jafnvel óverulegs hluta tekna sinna í viðkomandi ríki en hafa aðalframfærslu af tekjum í sínu heimaríki. Er þá talið rétt að í heimilisfestisríki sé beitt reglum sem lúta að persónuafslætti, barnabótum og öðrum skattareglum sem lúta að persónulegri stöðu viðkomandi skattgreiðanda. Schumacker málið varðaði tekjuskatt einstaklings. Sama niðurstaða var í máli D, C-376/03 sem laut að eignarskatti. Þrátt fyrir ofangreint getur í vissum tilvikum verið um óheimila mismunun að ræða ef afleiðingar reglnanna, sem til skoðunar eru, teljast ósamrýmanlegar ESB-rétti óháð heimilisfesti skattgreiðanda.³³

Ekki er hægt að beita sömu rökum fullum fetum í samanburði á stöðu fyrirtækja með heimilisfesti utan og innan tiltekins aðildarríkis. Í máli Marks & Spencer segir að heimilisfesti skattaðila geti mögulega haft áhrif á skattskyldu hans en svo er bætt við, í grein 38: „Í sérhverju tilviki er nauðsynlegt að skoða hvort sú staðreynd að skattaávilnun standi eingöngu heimilisföstum skattgreiðendum til boða sé byggð á viðeigandi hlutlægum þáttum sem réttlætt geta mismunandi skattlagningu.“³⁴

Í málum sem lúta að skattlagningu arðgreiðslna milli fyrirtækja hefur í nokkrum málum reynt á reglur landsréttar sem skattleggja með mismunandi hætti greiðslur til fyrirtækja eftir því hvort þau eru heimilisföst í viðkomandi ríki eða ekki. Í tveimur dómum Evrópudómstólsins (C-170/05, Denkvit og C-379/05, Amurta) og einum dómi EFTA-dómstólsins (E-1/04, Fokus bank) hefur niðurstaðan verið sú að þessi fyrirtæki teljast vera í sambærilegri stöðu. Í Fokus bank-málinu virðist markmið skattlagningarinnar hafa skipt máli í þessum samanburði. Í málinu kom fram að markmið skattaafsláttar (eða frádráttar) á arðgreiðslum til fyrirtækja í Noregi væri að koma í veg fyrir efnahagslega tvísköttun arðstekna. Þar sem sýnt var fram á að slík efnahagsleg tvísköttun væri möguleg, bæði í tilviki þeirra fyrirtækja sem voru heimilisföst í Noregi og utan Noregs, var talið að reglan yrði að ná til fyrirtækja óháð heimilisfesti; annað væri mismunun aðila í sambærilegri stöðu.³⁵ Í ofangreindum

33 Jeppe R. Stokholm, *EU skatteret*, bls. 160.

34 Mál C-446/03. Orðrétt segir í 38. gr. dómsins: „In each specific situation, it is necessary to consider whether the fact that a tax advantage is available solely to resident taxpayers is based on relevant objective elements apt to justify the difference in treatment.“

35 Grein 30 í dóminum og umfjöllun Barry Larking, „Fokus Bank: The end of withholding tax as we know it?“ einkum bls. 71-72. Fleiri dómur Evrópudómstólsins eru á svipuðum nótum. Hins vegar eru einstakir nýrri dómur ekki alveg á sömu línu, sbr. einkum C-374/04, ACT Group Litigation og C-376/03, D.

þremur málum var um að ræða arðgreiðslur til fyrirtækja sem ekki voru með fasta starfsstöð í því ríki sem arðgreiðslurnar voru greiddar.

Í máli Marks & Spencer, C-446/03, áleit dómstóllinn að breskt móðurfélag, sem ætti dótturfélag heimilisfast í Bretlandi, og annað sem ætti dótturfélag í öðru ESB-ríki væru í sambærilegri stöðu. Hér sem endranær þarf hins vegar að gæta að jafnvæginu milli skyldu aðildarríkja til að gæta jafnræðis og torvelda ekki frelsisákvæðin annars vegar og rétt þeirra til að ákveða sjálf skattlagningu innan sinnar lögsögu. Í því sambandi má benda á mál ACT Group Litigation, C-374/04, þar sem niðurstaðan var m.a. sú að aðildarríki var talið heimilt að binda frádrátt frá skatti vegna móttækinnar arðgreiðslna við móðurfélög heimilisföst í því ríki. Sú niðurstaða byggir á því að gagnstæð niðurstaða hefði leitt til þess að ríkinu hefði í reynd verið ómögulegt að skattleggja hagnað heimilisfastra dótturfélaga og ganga þannig gegn sjálfsákvörðunarrétti þeirra.³⁶

Mat á því hvort aðilar teljist vera í sambærilegri stöðu er nátengt mati á því hvort takmarkanir á frelsisákvæðum séu réttlætanlegar. Í eldri dómum Evrópudómstólsins dvelur dómurinn ekki lengi við þessa spurningu heldur gengur út frá því að tiltekna aðstæður séu sambærilegar og einbeitt sér því frekar að því hvort lögmæt sjónarmið geti réttlætt mismunandi skattlagningu. Í nýrri dómum fer meira fyrir um fjöllum um samanburð á stöðu skattaðila. Ef niðurstaða dómsins er sú að aðilar teljist ekki vera í sambærilegri stöðu fer ekki fram frekari skoðun á því hvort um ólögmæta mismunun eða takmörkun á fjórfrelsisákvæðum sé að ræða. Michael Lang heldur því fram að dómstóllinn virðist líta svo á að aðildarríki sé þá heimilt að haga skattareglum að vild. Hann gagnrýnir þessa nálgun dómstólsins og telur að grunnsjónarmið, sem lúta að réttlætanlegum takmörkunum, og meðalhófsreglan ættu að leiða til þess að dómstóllinn skoði einnig áhrif skattareglna þótt aðstæður skattaðila séu ekki að fullu sambærilegar. Með öðrum orðum þá verði að vera samhengi á milli þess hve ólík aðstaðan er og þess hve mikill munur er á skattareglum sem gilda.³⁷

3.3. Ólögmætar takmarkanir á fjórfrelsisreglum

Markmið reglna um innri markað ESB er að afnema allar hindranir á frjálsum vöruflutningum, fólksflutningum, þjónustustarfsemi og fjármagnsflutningum. Eins og áður segir þá hafa almenn ákvæði um bann við mismunun ekki mikla sjálfstæða þýðingu í skattarétti þar sem reglur innri markaðarins ganga frammar þeim. Því eru skattamál yfirleitt rekin á grundvelli brota á reglum innri markaðarins, einhvers frelsisákvæðanna eða samkeppnisreglum.

36 Sjá greinar 58-60 í dómnum. Í „Denkavit Internationaal: the balance between fiscal sovereignty and the fundamental freedoms?“ bendir Frans Vanistendael á að í þessum dómi er borin saman aðstaða tveggja ríkja með tilliti til þess hvort þau teljist vera í sambærilegri stöðu.

37 Michael Lang, „Direct taxation: is the ECJ heading in a new direction?“ bls. 21 o.áfr. og eigin rit sem hann vísar til í neðanmálgreinum 12-14.

Mörg ákvæði sem varða innri markaðinn kveða á um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs en í sumum ákvæðum er fjallað um bann við hindrunum eða takmörkun á frelsi og enn önnur styðjast við hvort tveggja.³⁸ Eins og áður sagði hefur Evrópudómstóllinn ekki einungis talið að bein mismunun brjóti í bága við ákvæði sáttmálans heldur einnig óbein eða dulin mismunun. Jafnframt hefur dómstóllinn talið ýmsar takmarkanir og hindranir fyrir því að nýta frelsisákvæði samningsins andstæðar ákvæðum hans.

Munurinn á banni við mismunun og banni við takmörkunum á fjórfrelsisákvæðunum er sá að bann við mismunun er beint gegn reglum aðildarríkja sem fela í sér mismunandi meðferð sambærilegra tilvika eða eins meðferð ólíkra tilvika. Banni við takmörkunum er hins vegar beint gegn ráðstöfunum aðildarríkjanna sem geta hindrað notkun frelsisákvæða samningsins eða gert það óaðgengilegra fyrir aðila að nýta sér þau. Bann við takmörkunum frelsisákvæðanna gengur því lengra en bann við mismunun þar sem það er nægjanlegt að aðgerðir eða reglur feli í sér að það sé minna aðlaðandi að nýta sér frelsisákvæðin. Bann við takmörkunum getur með öðrum orðum átt við þótt ekki sé um eiginlega mismunun að ræða. Banni við mismunun er einungis unnt að beita þar sem hægt er að sýna fram á að mismunandi reglur gildi um vörur, einstaklinga, þjónustu, félög eða fjármagn á grundvelli uppruna (ríkisfangs). Mismunun er í eðli sínu líka takmörkun og því má segja að bann við mismunun sé nokkurs konar hlutmengi í reglu um bann við takmörkun. Bann við mismunun er þar með lágmarkskrafa sem varðar allar reglur um innri markaðinn og vandinn er því að ákveða hvenær ákvæði gengur lengra og felur einnig í sér bann við takmörkunum.

Fræðilega er greint á milli þess að ráðstafanir feli í sér bann við mismunun annars vegar, og hins vegar að regla takmarki eða hindri notkun fjórfrelsisins þar sem aðferðirnar við að meta lögmæti slíkra reglna er mismunandi. Ef fyrirkomulag í aðildarríki er talið fela í sér mismunun á grundvelli þjóðernis (staðfestu í tilviki fyrir-tækja) verður slíkt einungis talið réttlæt看legt ef það styðst við eitthvert undantekningarákvæða sáttmálans sjálf sem varðar vernd almannahagsmuna. Slíkt ákvæði er m.a. að finna í 36. gr. ESB þar sem fjallað er um að ákvæði um frjálsa vöruflutninga komi ekki í veg fyrir takmarkanir sem réttlætast af almennu siðferði, allsherjarreglu,

38 Auk 18. gr. ESB felur 45. gr. í sér bann við allri mismunun sem byggir á ríkisfangi launþega að því er lýtur að atvinnu og starfs- og ráðningarskilyrðum. Á hinn bóginn er ákvæði 34. gr. og fleiri greinar er varða vöruflutninga sett fram sem bann takmörkunum þar sem lagt er bann við magn-takmörkunum á innflutningi vara og aðrar ráðstafanir með samsvarandi áhrif. Þá er ákvæði 49. gr. um staðfesturétt bæði sett fram sem bann við takmörkun, sbr. 1. mgr. þar sem segir að bannað sé að leggja höft á rétti ríkisborgara aðildarríkis til að öðlast staðfestu á yfirráðasvæði annarra aðildar-ríkja og bann við mismunun, sbr. 2. mgr. þar sem kveðið er á um að staðfesturétturinn feli í sér að sömu reglur skuli gilda um ríkisborgara innan og utan aðildarríkis. Ákvæði 63. gr. um frelsi til fjár-magnsflutninga er sett fram sem bann við takmörkunum. Það er jafnframt eina greinin sem nær til ríkja utan innri markaðarins. Sjá nánar Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, bls. 236 og 237.

almannaöryggi, vernd lífs og heilsu manna eða dýra eða gróðurvernd, vernd þjóðarverðmæta, er hafa listrænt, sögulegt eða fornfræðilegt gildi, eða vernd eignarréttinda á sviði iðnaðar og viðskipta. Sambærilegt ákvæði er í 13. gr. EES-samningsins. Þetta á sérstaklega við ef um beina mismunun er að ræða.³⁹ Fyrirkomulag sem felur í sér takmarkanir á frelsisákvæðum samningsins þarfnast hins vegar ítarlegri skoðunar þar sem slíkt kann að vera heimilt á grundvelli ólögfesta sjónarmiða um réttlætunarlegar takmarkanir á frelsisákvæðunum.⁴⁰ Í framkvæmd getur þó verið örðugt að greina á milli brota sem byggja á mismunun annars vegar og takmörkunum hins vegar, sérstaklega hvað varðar óbeina mismunun. Í því efni verður að athuga að frelsisákvæði sáttmálans fela flest í sér hvort tveggja, bann við mismunun og bann við takmörkunum svo sem að framan greinir auk þess sem úrlausnir dómstólsins eru ekki alltaf í samræmi við framangreinda aðgreiningu í fræðikenningum. Þannig hefur dómstóllinn í sumum tilvikum metið hvort brot, sem byggja á mismunun, megi réttlæta á grundvelli ólögfesta sjónarmiða sem sögð eru að eigi einungis að koma til skoðunar að því er varðar hindranir á fjórfrelsisákvæðum sáttmálans án þess að um eiginlega mismunun sé að ræða.⁴¹ Þannig hefur verið bent á að í Bachman-málinu var talið að um óbeina mismunun væri að ræða, sem engu að síður var talin réttlætunarleg á grundvelli ólögfesta sjónarmiða um brýna almannahagsmuni en í máli Royal Bank of Scotland var talið að engin ólögfest réttlætungarsjónarmið kæmu til skoðunar þar sem um mismunun væri að ræða.⁴² Því verður að hafa í huga að þau sjónarmið sem lýst er í 3. kafla, um réttlætunarlegar takmarkanir á fjórfrelsisreglunum geta átt við bæði varðandi mál sem lúta að óbeinni mismunun og takmörkunum á fjórfrelsinu án þess að um slíka mismunun sé að ræða.⁴³

Hvað skattamál varðar þá horfir dómstóllinn yfirleitt einangrað á umdeild skattaákvæði, þ.e. hann tekur ekki tillit til þess þótt sýnt sé fram á að heildarskattlagning erlends fyrirtækis sé sambærileg eða eins og um innlent fyrirtæki sé að ræða. Þetta kemur fram í Avoir Fiscal-málinu, sem er eitt af fyrstu skattamálum sem komu til kasta Evrópu dómstólsins og hefur verið vikið að þessu í nokkrum málum síðar. Má þar nefna dóm í máli C-330/91, Commerzbank. Þýskur banki sem rak útibú í Bretlandi átti ekki rétt á sama skattahagræði og félög sem skráð voru þar í landi. Talið var að þessar reglur brytu gegn 43. gr. EB (nú 49. gr. ESB sem er samsvarandi 31. gr. EES) um staðfesturétt og breytti engu þótt sýnt væri fram á að önnur ákvæði

39 Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, bls. 244-245.

40 Ben J. M. Terra og Peter J. Wattel, *European tax law*, bls. 55.

41 Karsten Engsig Sørensen og Paul Runge Nielsen tala í *EU-retten* annars vegar um að óbein mismunun sé skoðuð út frá því hvort málefnalegar forsendur (d. *saglige grunde*) liggi til grundvallar mismunandi meðferð og hins vegar að brýnir almannahagsmunir (d. *tvingende almene hensyn*) geti réttlætt takmarkanir á frelsisákvæðunum en taka jafnframt fram að sterk líkindi séu með báðum aðferðunum. Sjá bls. 245.

42 Mál C-204/90, Bachman, og C-311/97, Royal Bank of Scotland, og umfjöllun um ósamkvæmni dómstólsins í heimild sem vísað er til í neðanmálgrein 40 hér að ofan.

43 Sjá nánar Jeppe R. Stokholm, *EU Skatteret*, bls. 490 o.áfr.

breskra skattalaga væru þeim hagfelldari einmitt vegna þess að fyrirtækið var rekið sem útibú en ekki sem sjálfstætt félag þar í landi. Þetta kemur einnig fram í Saint-Gobain-málinu, sem varðaði mismunandi skattalega meðferð arðgreiðslna milli félaga, eftir því hvort þau væru útibú erlendra fyrirtækja eða sjálfstæð þýsk félög. Um það sjónarmið þýskra skattfirvalda, að skattlagningu arðgreiðslna yrði að skoða í samhengi við skattlagningu arðs á síðari stigum í höndum þýskra félaga, sagði dómurinn: „Í þessu sambandi verður að athuga að mismunandi skattlagningu heimilisfastra fyrirtækja og útibúa er á hinn bóginn ekki hægt að réttlæta með öðru hagræði sem útibú njóta umfram heimilisföst fyrirtæki sem, að mati þýskra stjórnvalda, vegi upp óhagræði þess að njóta ekki þess skattalega hagræðis sem um er deilt. Jafnvel þótt slíkt hagræði væri til staðar, getur það ekki réttlætt brot á skyldu samkvæmt 52. gr EB til að veita þeim sömu meðferð að landsrétti varðandi þá skattaávilnun sem um ræðir [...]“⁴⁴

Íþyngjandi skrifræðisreglur geta falið í sér ólögmætar takmarkanir á sviði skattaréttar. Það getur með öðrum orðum verið um ólögmæta hindrun að ræða þótt ekki sé munur á skattskyldu innlendra fyrirtækja og hinna sem staðfestu eiga í öðru ESB-ríki skattskylda. Dæmi um þetta er C-250/95, Futura Participations, þar sem kröfur til framsetningar bókhalds gagnvart fyrirtækjum sem staðfestu höfðu í öðru ESB-ríki þóttu ganga lengra en nauðsyn krafði til að ná yfirlýstu markmiði þeirra um að halda uppi virku skatteftirliti.

Þá getur bann við mismunun bæði takmarkað heimildir aðildarríkja til að setja reglur sem hindra eigin ríkisborgara í að leita til annarra ESB-ríkja jafnt og reglur sem torvelda borgurum annarra ríkja að athafna sig í viðkomandi ríki. Svokallaður útgönguskattur (e. *exit tax*) er dæmi um slíka skattlagningu. Á hinn bóginn er reglum innri markaðarins ekki ætlað að koma í veg fyrir mismunun sem birtist í því að reglur, sem einungis varða starfsemi innan tiltekins ESB-ríkis, séu óhagfelldari þeim sem þar starfa heldur en reglur sem gilda um starfsemi sem fram fer yfir landamæri. Slíkar reglur gætu hins vegar eftir atvikum talist fela í sér skaðlega skattasamkeppni eða ólögmæta ríkisstyrki.

3.4. Tengsl tvísköttunarsamninga við ESB/EES-rétt

Í nokkrum málum fyrir Evrópudómstólnum og a.m.k. í einu máli fyrir EFTA-dómstólnum (Fokus bank) reyndi á samspil tvísköttunarsamninga og Evrópureglna. Ýmis tilvik geta komið upp í þessu sambandi. Meðal annars hafa vaknað spurningar

44 Í 53. gr. máls C-307/97, Saint-Gobain stendur: „In this regard, it must be observed that the difference in tax treatment between resident companies and branches cannot, however, be justified by other advantages which branches enjoy in comparison with resident companies and which, according to the German Government, will compensate for the disadvantages of not being allowed the tax concessions in question. Even if such advantages exist, they cannot justify breach of the obligation laid down in Article 52 of the Treaty to accord the same domestic treatment concerning the tax concessions in question [...]“

varðandi þau tilvik að tvísköttunarsamningar milli tveggja ESB-ríkja leiða til þess að fyrirtæki í þeim ríkjum eru skattlögð með hagfelldari hætti en fyrirtæki í öðrum ESB-ríkjum. Þessi áhrif tvísköttunarsamninga hefur dómstóllinn ekki talið fela í sér brot á frelsisákvæðum ESB-sáttmálans.⁴⁵ Þá hefur reynt á það hvaða áhrif það hefur á mat á landsreglum, sem fela í sér einhverja mismunun á milli fyrirtækja innan og utan viðkomandi ríkis, að ákvæði tvísköttunarsamninga geti leitt til þess að sú mismunun verði leiðrétt í heimaríki viðkomandi fyrirtækis. Einnig hefur verið spurt hvort það skipti máli, þegar slík heimildarákvæði eru í tvísköttunarsamningum,⁴⁶ hvort þau komi að raunverulegu gagni í viðkomandi tilviki.

Í Denkvit-málinu, C-170/05, var óskað forúrskurðar Evrópudómstólsins varðandi skattlagningu arðgreiðslna hollensks móðurfélags frá dótturfélagi í Frakklandi. Frönsk skattalöggjöf gerði ráð fyrir því að arðgreiðslur til félaga sem ekki hefðu skattalegt heimilisfesti í Frakklandi væru skattlagðar á meðan frönsk fyrirtæki voru að mestu leyti undanþegin skattgreiðslum í sömu tilvikum. Skatthlutfall arðgreiðslna til erlendra félaga var 25% en á grundvelli tvísköttunarsamnings milli Hollands og Frakklands var skattur hollenskra fyrirtækja takmarkaður við 5% enda væri eignarhluti þeirra í dótturfélaginu a.m.k. 25%. Þetta fyrirkomulag var talið brjóta í bága við 43. gr. EB (nú 49. gr. ESB). Fyrir lá að Denkvit gæti ekki fengið afslátt á skattgreiðslum í Hollandi á móti franska skattinum á grundvelli 24. gr. tvísköttunarsamningsins þar sem mótttekinn arður var ekki skattlagður sérstaklega samkvæmt hollenskum skattalögum. Frönsk stjórnvöld héldu því fram að í samræmi við grunnreglur alþjóðlegs skattaréttar, þá væri það hlutverk heimilisfestisríkis að leiðrétta áhrif tvísköttunar. Evrópudómstóllinn féllst ekki á þessa málsvörn og sagði að frönsk stjórnvöld gætu ekki vísað til tvísköttunarsamninga til að firra sig ábyrgð á skyldum samkvæmt sambandsrétti. Jafnframt segir dómurinn að beiting umrædds tvísköttunarsamnings og hollenskra skattareglna komi ekki í veg fyrir að hollensk fyrirtæki sæti skattlagningu sem sé þyngri en frönsk fyrirtæki sæti og því feli franskar skattareglur í sér ólögsmæta takmörkun á staðfesturétti umrædds fyrirtækis.⁴⁷ Álykta má frá þessum dómi að ekki einungis þurfi að skoða löggjöf þess ríkis sem leggur á umdeildan skatt heldur einnig ákvæði tvísköttunarsamninga og löggjafar heimaríkis þegar brot á fjórfrelsisákvæðunum eru metin. Mismunun sem byggir á því að upprunaríkið skattleggur tekjur erlendra aðila þyngra en innlendra fyrirtækja kann að mega réttlæta

45 Mál C-376/03, D. Leyst er úr málinu á grundvelli þess að menn teljist ekki vera í sambærilegri stöðu, þ.e. þeir sem falla undir tiltekinn tvísköttunarsamning og hina sem ekki gera það. Sjá grein 61. Niðurstaðan er umdeild.

46 Er þá átt við þetta: Í tvísköttunarsamningi er ákvæði þess efnis að ríki A megi leggja allt að 10% skatt á arðgreiðslur til aðila í ríki B og jafnframt að ríki B sé skuldbundið til að veita frádrátt á móti þessum skatti ef það skattleggur sömu tekjur. Slíkt ákvæði hefur í raun enga þýðingu nema í þeim tilvikum að ríki B skattleggi arðinn samkvæmt eigin skattalögum því að öðrum kosti er engin skattur til að heimila frádrátt frá.

47 Sjá greinar 51-55 í dóminum.

með því að tvísköttunarsamningar og löggjöf heimaríkis veiti afslátt á móti.⁴⁸ Í Denkavit-málinu lá fyrir að sú var ekki raunin.

Hins vegar var dómur EFTA-dómstólsins í máli Fokus bank ekki í fullu samræmi við ofangreinda niðurstöðu. Með líkum hætti og í Denkavit reyndi á lögmæti afdráttarskatts á arðgreiðslur erlendra móðurfélaga fyrirtækja í Noregi. Varðandi samspil tvísköttunarsamninga og fjórfrelsisreglna EES-samningsins, taldi EFTA-dómstóllinn ákvæði tvísköttunarsamninga ekki skipta máli við mat á lögmæti norskra reglna óháð því hvort ákvæði þeirra í reynd leiddu til þess að erlend fyrirtæki fengju leiðréttingu tvísköttunar í heimilisfestisríki sínu.⁴⁹ Í álitni aðallögmanns í Denkavit-málinu er gerð ítarleg grein fyrir því af hverju þessu sjónarmiði er hafnað og byggt á því að horfa verði heildstætt á skyldur heimilisfestisríkis og upprunaríkis þegar frelsisákvæði samningsins eru metin og jafnframt að horfa verði til raunverulegra efnahagslegra áhrifa skattkerfa við tiltekna aðstæður.⁵⁰

4. Réttlætanager takmarkanir

Ef niðurstaða athugunar Evrópudómstólsins er sú að reglur takmarki með einhverjum hætti möguleika til að nýta fjórfrelsisákvæði samningsins, eða aðrar grundvallarreglur hans, eru talsverðar líkur á að slíkar reglur teljist andstæðar honum. Ákveðin atriði geta hins vegar réttlætt takmarkanir eða hindranir á beitingu fjórfrelsisákvæðanna.⁵¹ Þannig er ekki nóg að leiða í ljós að reglan feli í sér takmarkanir heldur þarf líka að athuga hvort einhver lögmæt sjónarmið geti réttlætt þessar takmarkanir. Þau sjónarmið sem dómstóllinn hefur tekið til greina í þessu sambandi eru þau sem byggja á brýnum almennum hagsmunum,⁵² markmið þeirra verða að vera skýr og reglurnar verða að vera þannig úr garði gerðar að tryggt sé að markmiðin náist. Loks

48 Ályktun þessi er einnig í samræmi við það sem fram kemur í Amurta málinu, C-379/05, þar sem dómstóllinn gerir greinarmun á því hvort mismunandi skattlagning í einu ríki sé leiðrétt í heimaríki viðkomandi fyrirtækis með einhliða aðgerðum (þ.e. löggjöf) eða á grundvelli tvísköttunarsamninga. Sjá grein 84 í dóminum.

49 Sjá grein 38 í dóminum.

50 Sjá greinar 35-39 í álitni lögmannsins og neðanmálgrein 28 í álitinu þar sem hann fjallar um Fokus bank-málið.

51 Eins og áður sagði er oft óljós munurinn á meðferð mála sem varða annars vegar óbeina mismunun og hins vegar takmarkanir á fjórfrelsinu. Ýmsir halda því fram að mat dómstólsins á því hvort um mismunun sé að ræða fari fram með sama hætti og þegar dómstóllinn metur hvort brýnir almannahagsmunir geti réttlætt takmarkandi reglur. Í einhverjum dómum eru jafnvel notuð hugtök eins og brýnir almannahagsmunir þegar matið á málefnalegum forsendum fer fram og ruglar þetta umræðuna. En jafnvel þótt dómstóllinn beiti líkum aðferðum í báðum tilvikum verður að undirstrika að hann er strangari í mati sínu þegar kemur að ætluðu broti sem byggir á mismunun heldur en broti sem lýtur að takmörkunum. Sjá Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, bls. 244-246.

52 Enska: *overriding public interest*, danska: *tvíngende almene hensyn*. Stefán Már Stefánsson fjallar um hugtakið sem óhjákvæmilegar þjóðfélagsþarfir í almannapágu í „Leyfilegar takmarkanir á fjórfrelsisákvæðum EB/EES réttar,“ bls. 418-420.

er nauðsynlegt skilyrði lögmætis að takmarkanir gangi ekki lengra en nauðsyn krefur til að ná yfirlýstum markmiðum. Í máli C-250/95, Futura Participations SA eru þessi sjónarmið orðuð svo í 26. grein: „[...] the imposition of such a condition, which specifically affects companies or firms having their seat in another Member State, is in principle prohibited by Article 52 of the Treaty. It could only be otherwise if the measure pursued a legitimate aim compatible with the Treaty and were justified by pressing reasons of public interest. Even if that were so, it would still have to be of such a nature as to ensure achievement of the aim in question and not go beyond what was necessary for that purpose [...]“⁵³

Eins og í ESB-sáttmálanum er í EES-samningnum sjálfum að finna nokkur ákvæði sem víkja að undantekningum frá beitingu fjórfrelsisákvæðanna við sérstakar aðstæður, sbr. 33. og 39. gr. að því er varðar stofnsetningarrétt og viðskipti með þjónustu og 4. gr. tilskipunar ráðsins nr. 88/361 varðandi fjármagnsflutninga og áður nefnd 13. gr. sem varðar takmarkanir á innflutningi vara. En fæst mál sem koma til kasta Evrópusambandsdómstólsins eða EFTA-dómstólsins varða þessi undantekningarákvæði, heldur hin ólögfestu sjónarmið um brýna almannahagmuni. Í þeim málum hafa skattyfirvöld látið reyna á ýmis sjónarmið sem réttlætt geta þær skattareglur sem deilt er um. Evrópusambandsdómstóllinn, og eftir atvikum EFTA-dómstóllinn, hafa því tekið afstöðu í fjölda tilvika hvort skattareglur byggja á lögmætum eða ólögmætum sjónarmiðum og varpað þannig skýrara ljósi á þær leikreglur sem ber að virða innan skattaréttar. Skipta má sjónarmiðum sem teflt hefur verið fram af hálfu skattkerfisins í þrjá höfuðflokk: a) sjónarmið sem lúta að þörfinni fyrir heildstætt skattkerfi og innra samræmi kerfisins, b) þörf fyrir að koma í veg fyrir skattasniðgöngu eða undanskot og loks c) þörf fyrir að halda uppi virku skatteftirliti.

4.1. Innra samræmi skattkerfisins

Skattyfirvöld halda því oft fram að umdeilt fyrirkomulag sé nauðsynlegt til að tryggja innbyrðis samræmi í reglum viðkomandi skattkerfis. Evrópusambandsdómstóllinn hefur verið tregur til að samþykkja reglur sem takmarka fjórfrelsið á þessum grundvelli. Einn af fáum dómum þar sem fallist er á sjónarmið skattyfirvalda í þessu sambandi er í Bachmann-málinu, C-204/90. Þar var deilt um skattlagningu lífeyrisgreiðslna og því haldið fram að belgískar reglur þar að lútandi brytu í bága við frelsi til fjármagnsflutninga. Reglurnar heimiluðu frádrátt frá skatti vegna iðgjalda til innlendra lífeyrissjóða en ekki erlendra. Greiðslur úr innlendum lífeyrissjóðum voru

53 Til samanburðar eru sömu sjónarmið orðuð þannig í 34. grein í Centros málinu, C-212/97: „[...]“

Next, it should be borne in mind that, according to the Court's case-law, national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfil four conditions: they must be applied in a non-discriminatory manner; they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it [...].“

hins vegar skattskyldar meðan greiðslur úr erlendum lífeyrissjóðum voru það ekki. Niðurstaða dómstólsins fólst í því að við „núverandi þróunarstig EB-réttar“ (dómurinn var kveðinn upp í janúar 1992) bæri að líta svo á að samhengisins vegna mætti réttlæta takmörkun þegar um væri að ræða beint samhengi milli annars vegar frádráttar frá skatti vegna innborgunar og skattskyldu við útgreiðslur úr innlendum lífeyrissjóðum og hins vegar enngar frádráttarheimildar við inngreiðslu og enngar skattskyldu við útgreiðslu úr erlendum lífeyrissjóðum. Fordæmisgildi þessa dóms hefur hin síðari ár þó verið dregið í efa.⁵⁴ Vísað er til þessa dóms í fjölmörgum öðrum úrlausnum dómstólsins og svo virðist sem enn sé byggt á þeirri meginreglu sem fram kemur í Bachmann-málinu, þ.e. réttlæta megi takmarkanir fjórfrelsisins til að tryggja ákveðið samræmi í skattkerfinu en dómurinn leggur þó ítrekað áherslu á að sú heimild sé bundin skilyrðum um að beint samband sé á milli skattskyldu og frádráttar/skattfrelsis og jafnframt að almenn skilyrði um lögmati takmarkana séu fyrir hendi.⁵⁵

Takmarkanir á fjórfrelsinu eru ekki heimilar í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að eitt ríki verði af skatttekjum, t.d. vegna þess að skattskylda færist yfir til annars aðildarríkis Evrópusambandsins eða EES-ríkis. Skattyfirvöld halda því oft fram að reglur séu nauðsynlegar vegna samhengis eða innra samræmis í skattkerfinu, eða til að koma í veg fyrir undanskot frá sköttum, þegar raunverulegur tilgangur er sá að koma í veg fyrir að viðkomandi ríki verði af skattlagningarrétti. Það er hins vegar ljóst að Evrópudómstóllinn og EFTA-dómstóllinn hafna takmörkunum á þessum forsendum. Þetta kemur t.d. fram í máli C-436/00, X&Y gegn sænskum skattyfirvöldum. Málavextir voru þeir að umdeildar skattareglur heimiluðu ekki frestun á skattlagningu söluhagnaðar hlutabréfa sem seld voru erlendum aðila sem seljandi átti beint eða óbeint hlut í eða til sænskis félags sem erlent félag ætti beint eða óbeint hlut í. Rökin fyrir lagareglunni, sem komu fram í greinargerð með frumvarpi laganna, voru þess efnis að annars væri hætt á að tekjunum yrði skotið undan sænskri skattlagningu. Evrópudómstóllinn taldi að hvorki skráðar undantekningarreglur né óskráðar, byggðar á verndun brýnna almannahagsmuna, réttlættu takmarkanir á fjórfrelsinu á þessum grundvelli. Að auki þóttu reglurnar brjóta gegn meðalhófsreglunni þar sem þær þóttu of víðtækar, það er of almenns eðlis.

4.2. Komið í veg fyrir skattasniðgöngu og undanskot

Evrópudómstóllinn hefur hins vegar viðurkennt að heimilt sé að setja reglur, sem takmarka að einhverju leyti fjórfrelsið, til að ná fram því markmiði að koma í veg fyrir ólögmat undanskot frá skatti. Hér verða almennu skilyrðin sem áður er fjallað um að vera fyrir hendi. Reglurnar mega fela í sér beina mismun, brýnir almannahagsmunir verða að vera í húfi, líkur verða að vera á að reglurnar í raun nái markmiðum sínum og þær mega ekki ganga lengra en nauðsyn krefur til að ná þeim markmiðum sem að er stefnt. Í því sambandi verða reglurnar að beinast að tilteknum

54 Sjá t.d. Nikolaj Vinther og Jan Guldmand Hansen, „EU-rettens krav til dansk skatteret,“ bls. 228.

55 Sjá m.a. grein 40 í máli C-319/02, Manninen og grein 14 í máli C-422/01, Skandia.

tegundum ráðstafana og mega ekki vera of almennar. Það verður með öðrum orðum að fara fram sjálfstæð athugun á því hvort dregið hafi verið undan skatti.⁵⁶ Á þetta reyndi bæði í Lankhorst-Hohorst-málinu, C-324/00, og máli Lasteyrie du Saillant, C-9/02. Í síðarnefnda málinu var skattur við brottflutning frá Frakklandi (exit skattur) til skoðunar. De Lasteyrie flutti frá Frakklandi til Belgíu í september 1998. Vegna flutningsins var lagður skattur á óinnleystan söluhagnað hlutabréfa sem hann átti í frönsku fyrirtæki en óumdeilt var að slík skattskylda hefði ekki stofnast hefði hann ekki flutt úr landi. Mögulegt var að fá skattlagningu frestað, og niðurfellda eftir 5 ár, með því að leggja fram tryggingu fyrir reiknuðum skatti. Í málinu kom fram að til efni þessarar löggjafar í Frakklandi voru mörg tilvik þar sem skattgreiðendur höfðu flutt heimilisfesti sitt tímabundið til nágrennaríkja í þeim tilgangi einum að komast hjá skattlagningu söluhagnaðar hlutabréfa. Dómstóll Evrópusambandsins taldi þessar skattareglur brjóta í bága við 43. gr. EB (nú 49. gr. ESB) þar sem þær fólu augljóslega í sér skattalegt óhagræði fyrir þá sem vildu færa sig á milli landa. Dómstóllinn taldi að jafnvel þótt viðurkennt væri að ríkjum væri heimilt að grípa til aðgerða til að hindra undanskot frá sköttum, væru reglur af þessu tagi óheimilar. Þær bitnuðu á öllum sem vildu flytja frá Frakklandi og engin sérstök skoðun færi fram á því hvort flutningurinn væri eiginlegar málamyndaráðstafanir í þeim tilgangi að sniðganga skattareglur.⁵⁷ Af þessum dómi má sjá að almennar reglur, sem auðveldlega geta hitt fyrir fleiri en þá sem reyna að sniðganga skattareglur, er erfitt að réttlæta með vísun til mikilvægra almannahagmuna.

Dómstóllinn gerir strangar kröfur til meðalhófs í úrræðum aðildarríkja gegn skattundanskotum og skattsvikum svo sem kemur fram í máli C-451/05, ELISA, sem varðaði löggjöf í Frakklandi um eignarskatta af fasteignum. Umdeildur skattur var lagður á félag í Lúxemborg sem stofnað var á grundvelli laga frá 1929. Félög þessarar tegundar eru undanþegin flestum tegundum skatta í Lúxemborg og um þau gilda reglur sem takmarka skyldu þeirra til upplýsingagjafar til skattyfirvalda í Lúxemborg. Af þeirri ástæðu var yfirvöldum í Lúxemborg hvorki heimilt né mögulegt að veita öðrum skattyfirvöldum upplýsingar um þessi félög. Tilskipun 77/799 um gagnkvæma aðstoð í skattamálum tekur samkvæmt efni sínu ekki til þessara félaga. Frönsk skattalög gerðu aftur á móti að skilyrði fyrir því að erlend félög nytu sömu skattalegu meðferðar í Frakklandi og frönsk félög, að mögulegt væri að afla slíkra upplýsinga í gegnum samninga við viðkomandi ríki þar sem félagið var heimilisfast. Rök franskra stjórnvalda voru þau að slíkar reglur væru nauðsynlegar til að koma í veg fyrir undanskot skatta og báru því við að rökstuddur grunur væri um að aðilar skattskyldir í Frakklandi notuðu þessa tegund félaga til að komast undan lögboðnum skattgreiðslum. Dómstóllinn féllst á að reglur væru nauðsynlegar til að koma í veg fyrir undanskot, þ.e. að brýnir almannahagsmunir lægju þeim að baki og taldi að reglurnar væru líklegar til að ná því markmiði. Hins vegar taldi hann að útfærsla

56 Nikolaj Vinther og Jan Guldmand Hansen, „EU-rettens krav til dansk skatteret,“ bls. 228.

57 Grein 50.

þeirra í franskri skattalöggjöf gengi lengra en nauðsynlegt væri til að ná því markmiði, þar sem reglurnar útilokuðu fyrirfram öll tilvik þar sem ekki væri hægt að afla fullnægjandi upplýsinga á grundvelli ofangreindrar tilskipunar eða tvíhliða samninga Frakklands við viðkomandi ríki. Taldi dómstóllinn að ná mætti sömu markmiðum með því að heimila viðkomandi skattgreiðanda sjálfum að leggja fram þær upplýsingar sem nauðsynlegar væru til að koma í veg fyrir undanskot.⁵⁸

Það er aftur á móti ekki heimilt að setja reglur sem takmarka fjórfrelsið í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að skattaðili nýti sér hagstæðari skattareglur í öðru aðildarríki. Þetta kemur víða fram í dómum Evrópuþingdómstólsins, m.a. í máli C-9/02, Lasteyrie du Saillant og C-294/97, Eurowings. Í Cadbury Schweppes-málinu segir um þetta atriði, þar sem fyrir lá að yfirlýstur tilgangur með stofnun dótturfélaga í Alþjóðlegu fjármálaþjónustumiðstöðinni í Dublin var að njóta hagfelldara skattaumhverfis sem þar var boðið, að það fæli í sjálfu sér ekki í sér misnotkun á fjórfrelsisreglum ESB.⁵⁹

4.3. Virkt skatteftirlit

Skattfyrirvöld hafa í ýmsum málum fyrir Evrópusambandsdómstólnum haldið því fram að reglur, sem fela í sér takmarkanir á fjórfrelsinu, helgist af þörf fyrir skilvirkt skatteftirlit. Dómstóllinn hefur fallist á að brýnir almannahagsmunir felist í virku skatteftirliti sem geti af þeim sökum réttlætt takmarkanir á fjórfrelsisákvæðum sáttmálans.⁶⁰ Hins vegar gerir dómstóllinn strangar kröfur til þess að slíkar reglur gangi ekki lengra en nauðsyn krefur til að ná markmiðum sínum. Þannig taldi dómurinn í tilvitnuðu máli Futura Participations að skattalög í Lúxemborg settu of ströng skilyrði í skattalögum fyrir því að taka til greina tap á móti hagnaði fyrirtækisins. Um var að ræða útibú fransks fyrirtækis en samkvæmt samningi ríkjanna tveggja var rétt og skylt að skattleggja tekjur útibúsins í Lúxemborg þar sem tekjurnar voru upprunnar. Þarlend skattalöggjöf gerði hins vegar ráð fyrir því að tap undangenginna ára yrði einungis yfirfæranlegt milli ára, að sýnt væri fram á að fyrirtækið hefði haldið sjálfstætt bókhald fyrir útibúið í Lúxemborg á umræddu tímabili sem tæki mið af þarlendum skattareglum. Í málinu var því haldið fram að þessar reglur helguðust af þörf fyrir virkt skatteftirlit en dómstóllinn taldi það ekki fá staðist, þar sem bókhaldskrafan var bundin við heimild til að yfirfæra tap milli ára. Að öðru leyti voru útibú erlendra fyrirtækja ekki bókhaldsskyld þar í landi.⁶¹

Þá hefur dómstóllinn ítrekað látið það álit uppi að aðildarríkjum Evrópusambandsins kunni að vera heimilt að takmarka rétt til stofnsetningar fyrirtækja ef sýnt er fram á að slíkar reglur komi í veg fyrir hreinar málamyndaráðstafanir fyrirtækja í

58 Sjá grein 94 hvað síðasttalda atriðið varðar.

59 Grein 38. Á hinn bóginn kann að vera grönn lína milli þess sem dómurinn kallar notkun og misnotkun fjórfrelsisákvæðanna, sbr. t.d. mál C-212/97, Centros.

60 Sjá t.d. 31. grein í máli C-250/95, Futura Participations.

61 Sjá 37. grein dómsins.

Því augnamiði að skjóta sér undan landslögum viðkomandi ríkis. Þetta kemur m.a. fram í máli Cadbury Schweppes en í því máli reyndi á breska CFC-löggjöf (reglur um þvingaða samsköttun). Deilt var um skattlagningu tveggja dótturfélaga Cadbury Schweppes, sem höfðu þann tilgang að veita móðurfélaginu ýmiss konar fjármálaþjónustu. Fyrirtækin voru sett á fót í Alþjóðlegu fjármálaþjónustumiðstöðinni í Dublin á Írlandi þar sem skatthlutfall fyrirtækja var umtalsvert lægra en í Bretlandi á sama tíma. Í niðurstöðu dómsins er ekki kveðið upp úr um hvort umdeild löggjöf stangast á við staðfesturéttarákvæði ESB-sáttmálans en gefnar ítarlegar leiðbeiningar um það út frá hvaða sjónarmiðum beri að meta lögmæti hennar. Kemur m.a. fram í dóminum að staðfesturéttarákvæðið komi í veg fyrir að ríki skattleggi tekjur dótturfélaga í öðrum ríkjum sambandsins, þar sem skatthlutfall sé lægra, nema sýnt sé fram á að um hreina málamyndastarfsemi sé að ræða (e. *wholly artificial arrangement*) sem hafi þann eina tilgang að komast hjá skattlagningu í heimaríki móðurfélagsins.⁶² Af þessum og fleiri dómum má ráða að heimildum aðildarríkjanna til að grípa til aðgerða gegn þessari tegund skattasniðgöngumála er sniðinn þröngur stakkur.⁶³

Loks skal nefnt að Evrópusambandsdómstóllinn hefur ekki fallist á takmarkanir á fjórfrelsinu á þeim grundvelli að slíkt sé nauðsynlegt til að gera skattyfirvöldum kleift að afla upplýsinga um ætluð skattsvik eða undanskot. Dómstóllinn vísar til þess að aðildarríki geti notað reglur sambandsins um gagnkvæma aðstoð skattyfirvalda og á þar við tilskipun ráðsins nr. 77/799/EEC eða eftir atvikum tvísköttunarsamninga milli ríkja.⁶⁴ Tilskipun þessi gerir ráð fyrir því að tilteknar upplýsingar fari sjálfkrafa með reglubundnum hætti, eða þegar sérstakt tilefni er til, á milli aðildarríkja og jafnframt að þau skiptist á upplýsingum þegar eftir því er leitað. Tilskipun þessi er hins vegar ekki hluti EES-samningsins og það virðist hafa ráðið úrslitum varðandi niðurstöðu í máli C-540/07, Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu. Þar voru reglur um afdráttarskatt á arðgreiðslur til fyrirtækja utan Ítalíu taldar stangast á við grunnreglu bandalagsréttar um frjálsa fjármagnsflutninga þar sem skatthlutfall arðgreiðslna til erlendra fyrirtækja var almennt hærra en hvað varðar greiðslur milli ítalskra fyrirtækja. Ítölskum stjórnvöldum stóðaði ekki að bera fyrir sig að reglurnar væru nauðsynlegar til að stemma stigu við skattaundanskotum og var m.a. bent á ofangreinda tilskipun til að afla upplýsinga um skattgreiðendur innan Evrópusambandsins. Hins vegar komst dómstóllinn að öndverðri niðurstöðu varðandi fyrirtæki í EFTA-ríkjum EES-svæðisins. Hvað þau varðar var niðurstaða dómsins sú að ríkir almannahagsmunir (overriding public interest) réttlættu takmarkanir á frjálsum fjármagnsflutningum skv. 40. gr. EES.⁶⁵ Tók dómurinn fram að samvinna skattyfirvalda á grundvelli tilskipunar 77/799/EEC væri ekki fyrir hendi gagnvart EES-ríkjunum og virðist jafnframt byggja á þeirri fullyrðingu ítalskra yfirvalda að ekki væru fyrir

62 Sjá 75. grein dómsins.

63 Sjá t.d. C-324/00, Lankhorst-Hohorst, C-9/02, Lasteyrie du Saillant og C-446/03, Marks & Spencer.

64 Sjá t.d. 71. grein í C-196/04, Cadbury Schweppes.

65 Sjá greinar 67 og 68.

hendi samningar um gagnkvæm upplýsingaskipti milli Ítalíu og viðkomandi ríkja. Það rýrir hins vegar gildi dómsins að dómstóllinn virðist ekki hafa lagt sjálfstætt mat á raunverulega möguleika til aðstoðar og upplýsingaskipta milli Ítalíu og EES-ríkjanna á grundvelli gildandi samninga. Í tvísköttunarsamningi milli Íslands og Ítalíu, sem tók gildi í upphafi árs 2009, er t.d. ákvæði í 27. gr. um gagnkvæm skipti á upplýsingum milli skattyfirvalda sem takmarkast hvorki við þá aðila né þá skatta sem samningurinn tekur til.

Eftir stendur hins vegar að niðurstaðan er með skýrum hætti sú að almennu ákvæði EES-samningsins, sem eru samhljóða ákvæðum ESB-sáttmálans, eru túlkuð með mismunandi hætti á EES-svæðinu og innan Evrópusambandsins. Grundvöllur mismunandi túlkunar byggir á því að tilskipun ESB sem ekki hefur gildi á EES-svæðinu þótt þau almennu ákvæði grundvallarsamninganna sem reynir á séu efnislega samhljóða. Því er ljóst að það þarf í sérhverju tilviki að kanna hvaða áhrif afleidd löggjöf, eða jafnvel önnur ákvæði ESB-sáttmálans eða EES-samningsins, geta haft á túlkun meginreglnanna.

5. Niðurlag

Ólíkt flestum öðrum alþjóðasamningum er samningurinn um Evrópska efnahags-svæðið síkvikur. Hann tekur stöðugum breytingum bæði fyrir tilstuðlan formlegra breytinga og nýrra gerða sem tengjast honum en ekki síður vegna áhrifa Evrópu-dómstólsins og EFTA-dómstólsins við túlkun ákvæða hans. Evrópuréttur var til skamms tíma ekki talinn hafa mikil áhrif á sviði skattaréttar en reyndin hefur orðið önnur, fyrst og fremst vegna fjölgunar dóma á því sviði þar sem almennum leikreglum hins innri markaðar er beitt á skattalöggjöf aðildarríkjanna. Eitt meginmarkmið EES-samningsins er að koma á sameiginlegum innri markaði á EES-svæðinu og tryggja einsleitni reglna sem um hann gilda. Af þeim sökum hafa úrlausnir Evrópu-dómstólsins varðandi túlkun grundvallarreglna sem snerta starfrækslu innri markaðarins mikla þýðingu við túlkun samhljóða ákvæða EES-samningsins.

Mikil fjölgun skattamála fyrir Evrópu-dómstólnum hefur varpað skýrara ljósi á afstöðu dómstólsins til þess hvernig skattareglur þurfa að líta út til að teljast samræmast frelsisákvæðum sambandsréttar. Meginreglan er sú að skattalöggjöf má ekki fela í sér mismunun byggða á ríkisfangi eða skattalegu heimilisfesti. Nokkrar undantekningar þessarar meginreglu er að finna í meginmáli EES-samningsins sjálfs. Mikilvægari er þó ólögfest regla sem heimilar takmarkanir á fjórfrelsisákvæðum samningsins á grundvelli brýnna almannahagsmuna enda sé sjónarmiða um meðalhóf gætt við útfærslu og beitingu slíkra reglna. Af þeim málum sem komið hafa til kasta Evrópu-dómstólsins og EFTA-dómstólsins má sjá að þörf skattkerfisins til að setja fjórfrelsinu skorður er rökstudd með nauðsyn þess að tryggja innra samræmi í skattkerfinu, hindra skattasniðgöngu eða halda uppi skilvirku skatteftirliti. Í fæstum tilvikum hafa dómstólarnir tekið undir sjónarmið skattyfirvalda. Oftast er sjónarmiðum

þeirra hafnað eða því settar verulegar skorður hvernig útfæra má reglurnar, þótt fallist sé á að lögmæt sjónarmið liggi að baki þeim.

Í höfuðdráttum gilda sömu reglur á EES-svæðinu og innan Evrópusambandsins þar sem grundvallarreglur um bann við mismunun og takmörkun á fjórfrelsinu eru þær sömu. Hins vegar kunna önnur ákvæði sáttmála ESB og afleidd löggjöf á sviði skattaréttar, sem ekki hefur verið tekin upp í EES-samninginn, að hafa áhrif á túlkun meginreglnanna í tilteknum tilvikum. Í nýlegum dómi Evrópudómstólsins var niðurstaðan þannig sú að takmarkanir á frjálsum fjármagnsflutningum töldust réttlætalegar á EES-svæðinu en ekki gagnvart fyrirtækjum innan Evrópusambandsins.

Þótt þróun Evrópuréttar bendi til að æ ríkari kröfur séu gerðar til hlutleysis skattareglna gagnvart þjóðerni og staðsetningu þá eru þau skilaboð ekki alltaf skýr. Dómstóllinn virðist reyna að feta einstigið milli þess að krefjast jafnræðis og þess að viðurkenna svigrúm aðildarríkjanna til að ráða sínum reglum sjálf. Þetta tvennt fer ekki alltaf saman og það fer ekki hjá því að stundum eru röksemdir og niðurstöður dómsins misvísandi eða óljósar.

Um höfundinn

Ingibjörg Þorsteinsdóttir er dósent við lagadeild Háskólans á Bifröst. Netfang: ingibjorg@bifrost.is. Greinin byggir að hluta á rannsókn um tengsl skattaréttar og EES-réttar sem unnin var árið 2007 með styrk frá Norræna skattrannsóknarráðinu. Vinnugrein um sama efni birtist sem „Skattaréttur og EES-samningurinn,“ *Tímarit um félagsvísindi* 1 (2007), bls. 72-95.

Heimildaskrá

Alþingistíðindi.

Arnold, Brian J. og Michael J. McIntyre: *International tax primer*. Kluwer Law International. Haag 2002.

Baker, Philip: „Taxation and the European Convention on Human Rights.“ Í *British Tax Review* 2000, bls. 211-377.

Blanchet, Thérèse, Risto Piipponen og Maria Westan-Clément: *The agreement on the European Economic Area: a guide to the free movement of goods and competition rules*. Clarendon Press. Oxford 1994.

Bullen, Andreas: *EU, EØS og skatt: de fire friheter og direkte beskatning*. Gyldendal Akademisk. Oslo 2005.

Commission of the European Communities: „A constitution for the Union.“ Commission Communication COM (2003) 548 final. Brussels, 17 september 2003. Slóð: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0548:FIN:EN:PDF>

Cordewener, Axel, Georg Kofler og Servaas Van Thiel: „The clash between European freedoms and national direct tax law: public interest defences available to the Member States.“ *Common Market Law Review* 46 (2009), bls. 1951-2000.

Dajani, Omar G., o.fl.: *EØS-avtalen og norsk skatterett*. Universitetsforlaget. Oslo 2003.

Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*. Codex. Reykjavík 2006.

- Hansen, Jan Guldmand, Nikolaj Vinther og Erik Werlauff: *Sambeskatning 2006/07*. Magnus Informatik. København 2006.
- Organization for Economic Cooperation and Development. *Model tax convention on income and on capital: condensed version*. París 1998.
- Jón Elvar Guðmundsson: „European tax law in the relations with the EFTA countries.“ Í *Intertax*, 34 (2006), bls. 58-85.
- Ingibjörg Þorsteinsdóttir: „Evrópskur skattaréttur: átök og árangur á sviði skattaréttar Evrópusambandsins.“ *Grábrók: tímarit lagadeildar Háskólans á Bifröst* 1 (2009): 31-68.
- Lang, Michael: „Direct taxation: is the ECJ heading in a new direction?“ *European Taxation*, september 2006, bls. 421-430.
- Larking, Barry: „Fokus Bank: the end of withholding tax as we know it?“ *EC Tax Review* 14 (2005), nr. 2, bls. 69-77.
- Lyal, Richard: „Non-discrimination and direct tax in Community law.“ *EC Tax Review* 12 (2003), nr. 2, bls. 68-74.
- Ståhl, Kristina: „EU-samarbetets betydelse på den direkta beskattningens område – gemenskapens kontra medlemsstaternas intressen.“ Í *Forhandlingerne ved det 37. nordiske Juristmøde i Reykjavík 18.-20. august 2005*, 1. bindi, bls. 383-396. Reykjavík 2005.
- Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*. Orator. Reykjavík 2000.
- Stefán Már Stefánsson: „Leyfilegar takmarkanir á fjórfrelsisákvæðum EB/EES réttar.“ Í *Rit lagadeildar Háskólans á Bifröst*, bls. 411-428. Bifröst 2006.
- Stokholm, Jeppe R.: *EU skatteret*. Thomson. Kaupmannahöfn 2008.
- Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen: *EU-retten*. 4. útgáfa. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. Kaupmannahöfn 2008.
- Terra, Ben J. M. og Peter J. Wattel: *European tax law*. 4. útgáfa. Kluwer. Haag 2005.
- Vanistendael, Frans: „Denkavit Internationaal: the balance between fiscal sovereignty and the fundamental freedoms?“ *European Taxation*, 2007, nr. 5, bls. 210-213.
- Vinther, Nikolaj og Jan Guldmand Hansen: „EU-rettens krav til dansk skatteret.“ *SR-Skat*, 2004 (4), bls. 224.
- Vinther, Nikolaj og Erik Werlauff: „Hvad bør Danmark gøre ved problemet „tynd kapitalisering“ efter dommen in Lankhorst-Hohorst? Et utjenligt forsøg på at gøre dansk skatteret EU-konform.“ *Skat Udland* 2003, nr. 11, bls. 796-798.
- Zimmer, Frederik: *Internasjonal inntektsskatterett: en innføring*. 3. útgáfa. Universitetsforlaget. Oslo 2003.

Dómaskrá

EFTA-dómstóllinn:

- E-6/98, 20. maí 1999, Ríkisstjórn Noregs gegn ESA.
- E-1/04, 23. nóvember 2005, Fokus bank ASA.
- E-5/04, 21. júlí 2005, Fesil ASA og Finnfjord Smelteverk AS gegn ESA.

Evrópudómstóllinn:

- C-270/83, Avoir-fiscal: *Commission of the European Communities v French Republic*. ECR (1986) bls. 00273.

- C-360/89, Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu: *Commission of the European Communities v Italian Republic*. ECR (1992) bls. I-03401.
- C-195/90, Framkvæmdastjórnin gegn Þýskalandi: *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*. ECR (1992) bls. I-03141.
- C-204/90, Bachmann: *Hanns-Martin Bachmann v Belgian State*. ECR (1992) bls. I-00249.
- C-330/91, Commerzbank: *The Queen v Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*. ECR (1993) bls. I-04017.
- C-279/93, Schumacker: *Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker*. ECR (1995) bls. I-00225.
- C-250/95, Futura Participations: *Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions*. ECR (1997) bls. I-02471.
- C-212/97, Centros: *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*. ECR (1999) bls. I-01459.
- C-294/97, Eurowings: *Eurowings Luftverkehrs AG v Finanzamt Dortmund-Unna*. ECR (1999) bls. I-07447.
- C-307/97, Saint-Gobain: *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v Finanzamt Aachen-Innenstadt*. ECR (1999) bls. I-06161.
- C-311/97, Royal Bank of Scotland: *Royal Bank of Scotland plc v Elliniko Dimosio (Greek State)*. ECR (1999) bls. I-02651.
- C-324/00, Lankhorst-Hohorst: *Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt*. ECR (2002) bls. I-11779.
- C-436/00, X&Y: *X and Y v Riksskatteverket*. ECR (2002) bls. I-10829.
- C-422/01, Skandia: *Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) and Ola Ramstedt v Riksskatteverket*. ECR (2003) bls. I-06817.
- C-9/02, Lasteyrie du Saillant: *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*. ECR (2004) bls. I-02409.
- C-319/02, Manninen: *Petri Manninen*. ECR (2004) bls. I-07477.
- C-376/03, D: *D. v Inspecteur van de Belastingdienst*. ECR (2005) bls. I-05821.
- C-446/03, Marks & Spencer: *Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*. ECR (2005) bls. I-10837.
- C-196/04, Cadbury Schweppes: *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*. ECR (2006) bls. I-07995.
- C-374/04, ACT Group Litigation: *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*. ECR (2006) bls. I-11673.
- C-170/05, Denkavit: *Denkavit Internationaal BV and Denkavit France SARL v Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*. ECR (2006) bls. I-11949.
- C-379/05, Amurta: *Amurta SGPS v Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam*. ECR (2007) bls. I-09569.
- C-451/05, ELISA: *Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) v Directeur général des impôts and Ministère public*. ECR (2007) bls. I-08251.
- C-540/07, Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu: *Commission of the European Communities v Italian Republic*. ECR (2009) bls. I-10983.

Hæstaréttardómar:

Hrd. 1990.2, Ákærvaldið gegn Guðmundi Breiðfjörð Ægissyni.

Hrd. 2003.2045, Íslenska ríkið gegn Herði Einarssyni.

Journal submission guidelines

Submissions should be sent through the journal's online system at bjss.bifrost.is. Prospective authors must create a username and password before submitting an article. Informal enquiries may be directed to the editor at ian@bifrost.is. Submitters should specify the intended category of their work (peer-reviewed article, research note, review, etc.) The main working languages of the journal are Icelandic and English, but material may be published in other languages if circumstances warrant. The journal has a flexible policy on citation style, but expects consistency within each submission. Tables and figures should be submitted in an editable format. Further guidelines for authors, as well as a word processing template in .odt and .doc format, are available online at bjss.bifrost.is.

Leiðbeiningar varðandi greinaskrif

Greinar skulu sendar með rafrænum hætti í gegnum bjss.bifrost.is. Höfundar efnis þurfa að hafa notandanafn og aðgangsorð áður en þeir senda inn greinar. Óformlegar fyrirspurnir má senda til ritstjóra á netfangið ian@bifrost.is. Þeir sem senda inn efni þurfa að láta þess getið hvort um er að ræða grein til ritrýningar, vinnugrein, ritdóm eða annað. Tungumál efnis í tímaritinu eru íslenska og enska en hægt er að birta efni á fleiri tungumálum ef ástæða er til. Stefna tímaritsins varðandi heimildaskrá og meðferð heimilda er sveigjanleg en ætlast er til þess að samræmis sé gætt innan hvernar greinar fyrir sig. Töflur og myndir skulu sendar inn þannig að hægt sé að vinna í þeim ef þörf krefur. Frekari leiðbeiningar fyrir höfunda sem og ritvinnsluform á .odt og .doc formi eru aðgengilegar á bjss.bifrost.is.